

36

2025

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

RDUNED

REVISTA DE DERECHO UNED

UNED



© UNIVERSIDAD NACIONAL
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA - MADRID, 2025

Título clave: RDUNED. Revista de Derecho UNED
Título abreviado: RDUNED

ISSN: 1886-9912

Impreso en España - Printed in Spain
Maquetación e impresión: Masquelibros



DIRECCIÓN

Dra. María Sonia Calaza López, Decana de la Facultad de Derecho UNED

COORDINACIÓN

D.^a María Esther Souto Galván, Vicedecana de Investigación e Internacionalización y Mediación UNED

ÓRGANOS DE LA REVISTA

Consejo Asesor

Jorge Montes Salguero, UNED
Fatima Yañez Vivero, UNED
Pedro Herrera Molina, UNED
Icíar Alzaga Ruiz, UNED
Mónica Guzmán Zapater, UNED
Carolina Navarro Ruíz,, UNED
Pedro Tenorio Sánchez, UNED
Federico Fernández de Buján, UNED
Ana M^a Marcos del Cano, UNED
Alicia Arroyo Aparicio, UNED
Juan José Montero Pascual, UNED
Juan M. Goig Martínez, UNED
M^a José Ciaurriz Labiano, UNED
Carmen Quesada Alcalá, UNED
Sagrario Segado Sánchez-Cabezudo, UNED
Remedios Morán Martín, UNED
Alicia Gil Gil, UNED

Consejo de Redacción

Fernando Carbajo Cascón, Catedrático de D. Mercantil, Univ. de Salamanca
Fernando de la Cámara García, Notario
Carmen Díez del Valle, Abogada del Estado
Pilar Martín Aresti, Catedrática de D. Mercantil, Univ. de Salamanca
Claudio Monteiro, Magistrado del Tribunal Const. Portugués. Profesor de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa
Beatriz Martínez Rodríguez, Magistrada
Fernando Reinoso Barbero, UCM
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Catedrático de Derecho Penal, UCM

PRESENTACIÓN

REVISTA DE DERECHO DE LA UNED

La Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), plataforma abierta a las inquietudes intelectuales de profesores e investigadores del mundo del Derecho, contiene trabajos de investigación de todas las especialidades del ordenamiento jurídico. Se fundó en el año 2006 y constituyó la continuación del antiguo Boletín de la Facultad de Derecho, si bien desde el momento de su creación o fundación partimos con parámetros de calidad muy exigentes, razón por la que se encuentra *indexada*, tiene la mayor parte de los criterios *LATINDEX* cumplidos y se encuentra clasificada en el Grupo B en la muy prestigiosa base de datos CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas). Cuenta con la existencia de un Consejo Asesor externo y un Consejo de Redacción (con apertura externa). Todos los artículos recibidos son revisados por evaluadores externos mediante un proceso de evaluación independiente e imparcial, y todos ellos cuentan por supuesto con requisitos formales como un *abstract*, un *resumen*, *key words* y *palabras claves*, entre otros.

La revista está distribuida por capítulos. Un primer capítulo está destinado a los trabajos de investigación más extensos, donde publican profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como profesores de otras Facultades y Universidades. También publican profesionales de otras ramas del ordenamiento jurídico, como notarios, jueces, magistrados, abogados del Estado, registradores de la propiedad, etc.

Un segundo capítulo está destinado a la que denominamos Sección Abierta donde tienen cabida estudios científicos más cortos, noticias de actualidad, comentarios jurisprudenciales, y avances legislativos.

Y por último una sección destinada a la crítica de libros. En esta sección se publican reseñas sobre libros de especial interés para la comunidad científica.

Terminamos simplemente mostrando nuestro agradecimiento a todos los profesores e investigadores que tienen la amabilidad de publicar en nuestras páginas. El nivel de calidad y excelencia alcanzado por la Revista se debe exclusivamente a ellos, y a ellos también debe-

mos agradecer poder contar con un espacio cuya humilde pretensión es fomentar e incentivar la investigación en nuestra Facultad, elemento indispensable de toda comunidad universitaria.

MARÍA SONIA CALAZA LÓPEZ

Directora de la Revista de Derecho de la UNED

Decana de la Facultad de Derecho de la UNED

MARÍA ESTHER SOUTO GALVÁN

Coordinadora de la Revista de Derecho de la UNED

*Vicedecana de Investigación, Internacionalización y mediación
de la Facultad de Derecho de la UNED*



U N E D



ÍNDICE

Págs.

ESTUDIOS

ALONSO NAYA, Carlos: La autoría plural de obras artísticas. <i>«Plural authorship of artistic works»</i>	17
BAÑUELOS FERNÁNDEZ, Jorge: Imposición tributaria sobre el juego: ingente recaudación con nula eficacia desincentivadora; necesidad de mayor protección y ayuda a la rehabilitación. <i>«Huge tax collection with zero disincentive effectiveness; need for greater protection and rehabilitation assistance»</i>	39
CASTEDO ESPESO, Alberto: M-learning y protección de datos: retos constitucionales en la educación superior. <i>«M-learning and data protection: constitutional challenges in higher education»</i>	81
FURINGO, Carla Irene: La inteligencia artificial: ¿Innovación o amenaza para las garantías procesales en la justicia penal? <i>«Artificial intelligence. Innovation or threat to procedural guarantees in criminal justice?»</i>	101
HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Lorenzo: Hacia la descomposición del estado. <i>«Towards the decomposition of the state»</i>	133

LINARES MEMBRILLA, Rafael: La Ley Orgánica 1/2025 y los MASC: Cambio de paradigma en el acceso a la justicia y transformación de la abogacía.	
« <i>Organic Law 1/2025 and ADR Mechanisms: A Paradigm Shift in Access to Justice and the Transformation of Legal Practice</i> ».....	147
MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Cesar: Origen y evolución de la disciplina y normativa penal militar en los ejércitos de la monarquía hispánica en los siglos XVI y XVII.	
« <i>Origin and evolution of military penal discipline and regulations in the armies of the hispanic monarchy in the 16th and 17th centuries</i> »	171
OLIVA MANSO, Gonzalo: Moneda y fueros. Interpretación y propuestas de datación.	
« <i>Currency and fueros. interpretation and dating proposals</i> »	203
ORTEGA MATESANZ, Alfonso: La prevaricación del profesorado universitario (al mismo tiempo, un estudio de los tipos legales de los arts. 404 y 405 del código penal español).	
« <i>The crime of malfeasance by university faculty (at the same time, a study of the statutory offences under articles 404 and 405 of the Spanish Criminal Code)</i> »	241
SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, José: Aspectos constitucionales de la protección del genoma humano ante la inteligencia artificial.	
« <i>Constitutional aspects of the protection of the human genome in the face of artificial intelligence</i> »	403
SOLER REAL, Iván: Políticas migratorias en algunos estados representativos de la UE: España, Italia, Alemania, Francia y Hungría.	
« <i>Migration policies in some representative EU states: Spain, Italy, Germany, France and Hungary</i> »	441

RESEÑAS

CUADRADO SOLER, Joan: El pasivo ganancial y la inteligencia artificial: aplicaciones prácticas y oportunidades estratégicas”, Inmaculada Vivas Tesón, Atelier, Barcelona, 2025, ISBN: 979-13-87543-99-0, 334 páginas.....	483

GONZÁLEZ QUINZÁN, Yago: Relaciones entre el delito de blanqueo de dinero y el delito de defraudación tributaria, GONZÁLEZ URIEL, Daniel. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.....	487
RUÍZ MIGUEL, Carlos: La iniciativa popular de norma en Chile. ¿Un trasplante normativo?, SOTO BARRIENTOS, Francisco y SUÁREZ ANTÓN, Orestes, Tirant lo blanc, Valencia, 2024	495
SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT, Isabel: Rafael Altamira en el Comité de los Diez, RIPOL CARULLA, SANTIAGO, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2025	507

ESTUDIOS

LA AUTORÍA PLURAL DE OBRAS ARTÍSTICAS

PLURAL AUTHORSHIP OF ARTISTIC WORKS

CARLOS ALONSO NAYA

Jurista. Colegiado en el Real e Ilustre Colegio de Abogados
de Zaragoza

Sumario: *I. El objeto de la autoría. La obra. II. La autoría. III. La autoría plural: obras en colaboración, colectivas y compuestas. III.A. Obras en colaboración. III.B. Obras colectivas. III.C. Obras compuestas. IV. Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: El crecimiento de los mercados de bienes y servicios artísticos, en especial en ciertos sectores, produce como consecuencia casi ineludible la transformación del hecho creativo. La imagen del artista aislado, impulsado por un fuego demiúrgico, tiene más de cliché que de realidad: actualmente son muy numerosos los casos en los que las obras artísticas se componen con aportaciones múltiples, visiones e intervenciones de varios autores que las matizan y completan. Este artículo aborda las fórmulas de autoría plural que prevé la normativa, aclara las fronteras entre ellas y alerta sobre la utilización indiscriminada de una, en la medida en la que puede servir para defraudar los legítimos derechos de los autores. Antes de ello, establece las bases para la adecuada comprensión de cuándo una obra es protegible y a quién se atribuyen los derechos de autor.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, autoría plural, obras en colaboración, obras colectivas, obras compuestas.

Abstract: The expansion of markets for artistic goods and services—particularly in certain sectors—has led to an almost inevitable transformation of the creative act. The image of the isolated artist, driven by a quasi-demigod-like inspiration, is more of a cliché than a

reality today. Currently, there are countless cases where artistic works are shaped by multiple contributions, perspectives, and interventions from various authors who refine and complete them. This article examines the legal frameworks for plural authorship, clarifies the distinctions between them, and warns against their indiscriminate use—especially when such frameworks could be exploited to undermine the legitimate rights of creators. Before delving into these issues, it establishes the foundational principles for determining when a work is eligible for protection and to whom authorship rights belong.

Key words: intellectual property, copyright, plural authorship, joint works, collective works, composite works.

I. EL OBJETO DE LA AUTORÍA. LA OBRA

Cuando un artista, un autor, crea una obra, se convierte originariamente en propietario de lo que haya creado. Esto que ha creado, su obra (un dibujo, una coreografía, un poema, el libreto de una ópera,..., ejemplos hay tantos como uno quiera imaginar), es un bien inmaterial, diferente al objeto físico en el que pueda quedar plasmado. El derecho de autor se refiere a lo inmaterial, también llamado *corpus mysticum*; el soporte en el que se materializa, el *corpus mechanicum*, desempeña un papel auxiliar, aunque en ocasiones puede tener una importancia mayor, como sucede en los casos de obra plástica de ejemplar único. El artículo 56.1 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (LPI), delimita la distinción entre ambos *corpus* y su consecuencia cuando dice que “el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última”.

Que el objeto sea inmaterial no impide que los derechos que recaen sobre él sean de propiedad. Así lo reconoce el artículo 2 LPI, cuando dice que los derechos “atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”. Los artículos 428 y 429 del Código Civil (CC) señalan que el autor de la obra tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad (art. 428) y que, como derecho supletorio para los casos no previstos en la LPI, “se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad” (artículo 429). El párrafo 9 de la exposición de motivos de la Directiva 2001/29

es aún más explícita, al declarar que “la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad”.

Sin embargo, aun siendo un título de propiedad, el derecho de autor tiene particularidades evidentes. Una, la temporalidad de los derechos de explotación, que decaen con el paso del tiempo legalmente previsto; otra que, debido a su inmaterialidad, el disfrute del bien puede ser ubicuo, es decir, puede darse de forma simultánea por múltiples usuarios en ocasiones, incluso, alejados geográficamente (por ejemplo, en difusión de una obra cinematográfica a través de una plataforma *online*).

Pero quizá la mayor peculiaridad del derecho de autor reside en la existencia de los derechos morales, una serie de derechos irrenunciables e inalienables que comprenden una serie de facultades exclusivas del autor sobre la obra: el derecho a decidir si va a ser divulgada y, de divulgarse, de qué manera, el derecho a ser reconocido como autor de la obra, el derecho a exigir el respeto a su integridad, el derecho a poder modificarla, el derecho a poder retirarla del tráfico económico y el derecho a acceder al ejemplar único o raro.

Entonces, el derecho de autor comprende tanto derechos patrimoniales y como morales, ¿se trata de un solo derecho que incluye ambas vertientes o son dos derechos diferentes? Hay dos opiniones: la teoría monista, presente en la tradición jurídica alemana, considera que la naturaleza jurídica es única, y que de ella de la cual se desprenden facultades patrimoniales y morales; la teoría dualista, propia del derecho francés, sostiene que se dan dos naturalezas jurídicas independientes¹. La jurisprudencia española se inclina por la opción monista²: el derecho de autor está integrado por diversas facultades, económicas y morales, con fuerte acento en la vertiente patrimonial.

Ya sabemos que el autor adquiere originariamente los derechos de un bien inmaterial, y que esos derechos se manifiestan en dos vertientes: la patrimonial y la moral. Ahora queda por saber sobre qué adquiere los derechos, que no es otra cosa que su creación, su obra.

El artículo 10 LPI dice que son obras “las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”. El precepto desgrana a continuación un listado bastante

¹ ANAYA-QUINTERO, L., & CRUZ-FINO, J. (2018). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor. *Revista la Propiedad Inmaterial*, n° 26, 171-188.

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 27.

pormenorizado, pero no exhaustivo, con ejemplos de lo que considera obra; que no sea un listado cerrado quiere decir que puede haber perfectamente otras tipologías objeto de protección que no están dentro de esa relación, como pueden ser las obras multimedia.

Ahora bien, no toda creación humana es objeto de protección por el derecho de autor. La ley exige dos requisitos: la originalidad y la expresión de lo creado a través de un medio o soporte.

A) *Originalidad*

El criterio de originalidad para nada es fácil de precisar. En sentido jurídico, hay dos formas de determinar la originalidad de una obra: a través de criterios objetivos o de criterios subjetivos³. La originalidad objetiva viene a decir que la aportación del creador es algo nuevo al sistema que no existía previamente, aquella obra que no era conocida en su género o modalidad⁴; en sentido subjetivo, lo determinante es la marca de la personalidad en la obra, lograda a través de su esfuerzo creativo. Dicho esto, con este grado de indefinición es lógico deducir que la determinación de la originalidad de la obra requiere un análisis casuístico y circunstancial⁵, que se analice caso por caso. Un vistazo a algunas sentencias del Tribunal Supremo (TS) revela que no estamos ante una tarea sencilla:

- En un caso de piezas de joyería, el Tribunal define los dos tipos de originalidad⁶: la originalidad en sentido subjetivo consiste en que la obra tenga características definitorias de la personalidad del autor; que no se obtienen únicamente con “un fino trabajo de joyería y las más depuradas técnicas de reproducción, junto con un especial acabado”. En sentido objetivo, la originalidad consistiría en que hubiera una novedad en el arte de la joyería, una consideración tan amplia que es extraordinariamente complicado que se dé en la práctica⁷.

³ Cosa distinta es la novedad que exige el artículo 6.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, determinado por el hecho de que la invención no esté comprendida en el estado de la técnica.

⁴ PLAZA PENADÉS, J. (2017). Artículo 1. Hecho generador. En F. Palau Ramírez, & G. Palao Moreno, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 17-39). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 36.

⁵ SENLLE CARIDE, M. (2019). Los derechos de autor en el ajedrez. *Revista de derecho UNED*, nº 25, 661-685. Pág. 668.

⁶ STS de 26 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:17363).

⁷ El FJ 3º lo concreta así: “Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la originalidad como novedad objetiva puede afirmarse que nos encontramos

- En otra sentencia⁸, el Tribunal entiende que de las ofertas de empleo son “una actividad creativa con cargas de originalidad” que no deben quedar sin el amparo de la Propiedad Intelectual. Entiende, pues, que los anuncios por palabras pueden ser protegidos si tienen una originalidad suficiente⁹.
- Por contra, en otro caso¹⁰ el Tribunal entendió que un catálogo de bricolaje no tiene elementos suficientes para ser considerado una obra literaria, artística o científica¹¹.

En lo que sí parece haber consenso es que el grado de originalidad exigido es mayor cuanto más amplio sea el grado de creatividad que admita el tipo de obra¹².

B) Expresión

La creación necesita ser exteriorizada, manifestada por cualquier medio o plasmada en cualquier soporte, tangible o intangible. Lo cual

ante una creación original, no ya sólo porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería, sino porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, que limitan considerablemente la libertad del artista para su tratamiento, impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales, motivos que no pueden ser objeto de propiedad intelectual, pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, so pena de llegar a establecer prácticamente un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos a favor de quien obtuviese la repetida protección.

⁸ STS 429/2002, de 13 de mayo, que casa la SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 1996 (ECLI:ES:TS:2002:3347).

⁹ El FJ 1º sigue de la siguiente forma: “No hay que olvidar en ese aspecto, que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socio-económica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador”.

¹⁰ STS 64/2017, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:3347).

¹¹ FJ 2º: “Por todo lo cual, debemos estimar el motivo, ya que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 10.1.a y 12 TRLPI al declarar que el catálogo de la demandante merecía la protección como derechos de autor que ofrecen dichos preceptos, y que la demandada había plagiado dicha obra. El catálogo de la demandante no merece la condición de obra a estos efectos y por ello las similitudes que presenta con el catálogo de la demandada no permiten apreciar infracción alguna de derechos de autor”.

¹² PEINADO GRACIA, J. I. (2017). Artículo 10. Obras y títulos originales. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 160-223). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 172.

implica que lo que la persona piense, planifique internamente o idee, no estará protegido por el derecho de autor.

Dicho de forma más clara: las ideas no pueden ser objeto de protección, con independencia de su grado de originalidad. En palabras de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹³: “La doctrina es unánime al afirmar y mantener, con mayor o menor claridad, que lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras o contenido de la misma, sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en ella”. Es necesario, por tanto, que la obra se manifieste, se exteriorice, de una forma que sea perceptible por otras personas. Las ideas, los planes o los sentimientos no tienen forma, no pueden ser exteriorizados y no pueden ser protegidos por el derecho de autor. Como señala el artículo 9.2 del CB: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas”.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), lo ilustra con un par de ejemplos bastante clarificadores¹⁴: En Australia, en un caso relacionado con artículos periodísticos (*Donoghue contra Allied Newspapers* (1938) Chancery Division 106), el Tribunal examinó el caso de una persona que compartió ideas y vivencias con un periodista y escritor para que elaborase unos artículos y los publicase en un periódico. El Tribunal tenía que determinar si esa persona podía reclamar derecho de autor sobre esos escritos, y lo analizó a través de la diferencia entre las ideas y la forma en la que se materializa. Concluyó que el reclamante no tenía la condición de autor y, por tanto, no tenía atribuidos originariamente los derechos, porque solo las expresiones de las ideas están protegidas y que el titular del derecho es quien las expresa, y no quien comparte ideas. El Tribunal dictaminó que lo que se protege no es el tipo de historias que se pueden publicar o las anécdotas que se pueden utilizar, sino “la forma particular de lenguaje mediante la cual se transmite la información que se quiere transmitir. Si la idea, por muy original que sea, no es más que una idea y no se pone en palabras de ninguna forma, ni en alguna forma de expresión, por ejemplo una imagen, no existe derecho de autor en absoluto, pues tal derecho no existirá en tanto en cuanto no se reduzca (si se me permite expresarlo así) a su forma escrita o a alguna forma tangible, en cuyo caso el derecho de autor existe sobre la forma

¹³ En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (2019). Artículo 10. Obras y títulos originales. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 159-197). Madrid: Tecnos. Página 167.

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (2022). *El derecho de autor en el contexto de la propiedad intelectual. Antecedentes históricos y convenios internacionales*. OMPI.

particular de lenguaje en la que, o en el caso de una imagen, la forma particular de la imagen por la que se transmite la información o la idea a aquellos que están destinados a leerla u observarla”. En Brasil, el Tribunal Supremo de São Paulo en una causa relacionada con una conocida serie de televisión llegó a la conclusión de que si simplemente se ha tomado la idea y no la expresión particular de esta idea sobre la que recayó el derecho de autor, no hay nada que proteger (11 de marzo de 2008, causa nº 329.457-4/9-00).

El TS se pronuncia en la misma dirección, por ejemplo¹⁵, cuando hace propia la “opinión común en la doctrina científica que no constituye objeto de la propiedad intelectual ni las ideas que después se plasman en la obra”¹⁶.

La protección de la creación no comienza cuando la obra esté terminada, sino cuando alcanza originalidad suficiente para ser considerada así y está expresada en un soporte, tangible o intangible; es por ello que la propiedad intelectual también alcanza a las obras inacabadas¹⁷, o a bocetos.

Al estar exteriorizada, la creación ha de poder ser percibida, en principio por la vista o el oído, si atendemos a la lista del art. 10 LPI. Ahora bien, teniendo en cuenta de que la norma no dice nada al respecto, cabe preguntarse, ¿pueden ser objeto de protección obras cuya percepción llega a través otros sentidos, del tacto, olfato o gusto? No parece que pueda haber dificultad en el caso del tacto (por ejemplo, obras literarias editadas en braille), ¿y los otros dos? El TJUE se pronunció al respecto en el caso *Levola Hengelo BV vs. Smilde Foods BV*, C-310/17, de 2018¹⁸, al hilo del análisis de si un sabor puede ser considerado una obra protegible. Deniega esa posibilidad porque “no hay posibilidad de identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento” y porque “el concepto de obra contemplado en la Directiva 2001/29 implica necesariamente una expresión del objeto de la protección del derecho de autor que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente”. En consecuencia, hay que responder negativamente a

¹⁵ Pueden consultarse también estas otras: STS de 20 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:12643); STS 214/2011, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2011:2456); STS 778/2012, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8998); STS 542/2004, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4443); STS 378/1998, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2003:7529).

¹⁶ STS de 26 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:17363), FJ 3º.

¹⁷ PEINADO GRACIA, J. I. (2017). Artículo 10. Obras y títulos originales. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 160-223). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 201.

¹⁸ ECLI:EU:C:2018:899

la pregunta planteada: por no poder ser objetivados, ni los olores ni los sabores no son protegibles por medio del derecho de autor.

2. LA AUTORÍA

Un autor es la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica (artículo 58.1 LPI). En consecuencia, no pueden ser autores las personas jurídicas, las máquinas, los fenómenos de la naturaleza o los animales. Con respecto a esto último hubo un caso muy curioso: en Indonesia, un mono se hizo un *selfie* con la cámara de un turista, y la fotografía, no se sabe muy bien por qué azares, apareció publicada en Wikipedia. El dueño de la cámara pidió la retirada de la imagen, alegando infracción de derechos de autor. La plataforma se negó, oponiendo que una obra creada por un animal es de dominio público¹⁹.

Existe la presunción *iuris tantum* de que el autor es quien haya firmado la obra o añadido un signo identificativo (artículo 6 LPI).

El autor, por el hecho de serlo, se convierte en el titular originario de los derechos de propiedad sobre la obra que ha creado; es más, la creación de una obra original y expresada en un soporte, tangible o intangible, es el único modo de adquisición originaria de los derechos de autor. Así, como el acto de creación es el que determina la autoría, no son autores quienes proponen o encargan una obra²⁰. La condición autor no es un derecho, sino un predicado real: la creación de una obra protegida no es un acto de carácter negocial, sino una condición que no requiere capacidad de obrar ni forma²¹. Sí es un derecho ejercitable, en cambio, el de reconocimiento de la condición de autor, en la medida en que pudiera ser lesionado por un tercero a través de usurpación o desconocimiento de la paternidad de la obra.

Tampoco crea, ni es autor, el inspirador de la idea que se hubiera podido haber utilizado para la creación de la obra. Y esto es así tanto si se trata de una inspiración sobre el tema, como si consiste en la transmisión es de una técnica o modo de proceder²².

¹⁹ Por cierto, la foto es fantástica. <https://www.bbc.com/news/av/uk-28684353>

²⁰ EVANGELIO LLORCA, R. (2006). *El encargo de obra intelectual*. Madrid: Dykinson.

²¹ CARRASCO PERERA, Á., & DEL ESTAL SASTRE, R. (2019). Artículos 5º-7º. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 105-148). Madrid: Tecnos. Págs. 107.

²² Como se expuso en el epígrafe 1, no es creador la persona cuyas vivencias son utilizadas por un tercero para escribir una biografía, aunque proporcione documentos o información.

No es necesario ningún requisito formal para ser considerado autor, tales como la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual o certificación de ningún tipo; en particular, la inscripción en el Registro genera una simple presunción de autoría, que podrá ser objeto de prueba en contrario (artículo 27.1. del Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual).

Las personas jurídicas no podrán ser consideradas autores, aunque, no obstante, se podrán beneficiar de la protección de la LPI en los casos expresamente previstos (artículo 5.2.). No es muy lógico dar protección asimilada a la de los autores a las personas jurídicas: las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos afines, incluso originarios, cesionarios de los derechos de autor, pero nunca autores²³. La propia ley prevé la existencia de autoría plural de una obra, no hay razón para acudir a la ficción de considerar a una persona jurídica como autor originario.

3. LA AUTORÍA PLURAL: OBRAS EN COLABORACIÓN, COLECTIVAS Y COMPUESTAS

Hay tres supuestos en los que en una obra están presentes 2 ó más autores. En función de la naturaleza de sus aportaciones y de su posición dentro de la obra se distinguen tres tipos de autoría plural: obras en colaboración, obras colectivas y obras compuestas.

3.1. Obras en colaboración

En las obras en colaboración hay varias aportaciones autorales que se vierten en una obra unitaria. Su rasgo más característico es que todos los autores que intervienen en la creación están al mismo nivel, sin jerarquía ni subordinación. Cuando se da una obra en colaboración, los derechos sobre la obra corresponden a todos los autores (artículo 7.1. LPI).

La SAP de Baleares 24/2008 (sección 5ª), de 22 de enero²⁴, dice que “el rasgo que la doctrina considera como más distintivo de la obra en

²³ CARRASCO PERERA, Á., & DEL ESTAL SASTRE, R. (2019). Artículo 6. Presunción de autoría, obras anónimas o seudónimas. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 114-122). Madrid: Tecnos. Págs. 110 y 111.

²⁴ ECLI:ES:APIB:2008:106

colaboración es la creación de la obra en común en un plano relativo de igualdad, sin jerarquía o subordinación alguna, y tanto lo serían si las aportaciones se hallan integradas o fuesen diferenciables”. Esa ausencia de jerarquía que no impide que uno de los autores pueda ejercer funciones de coordinación, lo relevante es que las decisiones creativas se adopten en plano de igualdad. Como dice SAP de Barcelona (sección 15^a), de 28 de marzo de 2003²⁵: “La obra en colaboración, a diferencia de lo que sucede con la obra colectiva (...) o con la compuesta (...), surge, entre otras situaciones, cuando varios autores contribuyen de manera indistinguible a un resultado unitario y no se excluye por el solo hecho de que uno de los intervinientes coordine o impulse la labor de equipo”.

Algunos ejemplos de obra en colaboración: un músico y un libretista componen una ópera, dos profesores universitarios escriben conjuntamente un manual para su asignatura, una novela gráfica con un dibujante y un guionista. La autoría de una obra cinematográfica es una obra en colaboración cuya autoría corresponde al director, al guionista y al compositor de la música (artículo 87 LPI).

Pero ojo, cuando se habla de aportaciones, todas ellas tienen que ser creativas, originales en el sentido de cualquier otra obra protegible, por lo tanto, no son susceptibles de formar parte de una obra en colaboración aquellas labores mecánicas o técnicas, ni las aportaciones conceptuales o ideas. ¿Cuándo una aportación tiene la suficiente fuerza creativa como para que quien la realice pueda ser considerado coautor? No es posible dar una regla general, sino que es necesario examinar y analizar cada caso en concreto, como hacen estas sentencias:

- SAP Barcelona 148/2008, de 28 de abril²⁶. Explicita la consideración de que las eventuales aportaciones a una obra han de tener entidad creativa suficiente para que quien las haga pueda ser considerado autor. “Como no toda colaboración en la producción de una obra de teatro ha de atribuir al colaborador la condición de coautor, se trata, en primer término, de delimitar aquel tipo de actividad creativa que es susceptible de conferir tal condición, lo que reviste cierta dificultad, aunque no nos parece dudoso que en el caso de una obra teatral, para ser calificada en coautoría, todos los colaboradores han de proyectar su contribución, que ha de ser creativa, sobre los aspectos expresivos de la obra, de carácter dramático. Y todavía habría

²⁵ ECLI:ES:APB:2003:2882

²⁶ ECLI:ES:APB:2008:4872

que determinar qué nivel cualitativo y cuantitativo es preciso para la atribución de la autoría, pues nos parece claro que una contribución puntual o de escasa entidad, aunque fuere propiamente creativa, si se limita a un concreto lance o pasaje de la obra, sin influencia en su esencia, no ha de bastar para establecer la concurrencia en concepto de coautor en la creación”. (FJ 6º).

- SAP Palma de Mallorca de 22 de enero de 2008²⁷. “Quedan desacreditadas las alegaciones del recurrente de que en el resultado final de las obras se “vislumbre el alma, la mano o la creatividad” del demandante, o de una “simbiosis artística” entre los dos autores, y no consideramos acreditada que en dichas cerámicas se plasme la creación intelectual del demandante, ni que en el pasado hubiere realizado obras idénticas o muy similares”. (FJ 4º).
- STS 675/1995, de 29 junio²⁸. La sentencia niega la condición de autor al que aporta meras líneas de acción para una obra audiovisual²⁹.

²⁷ ECLI:ES:APIB:2008:106

²⁸ ECLI:ES:TS:1995:3839

²⁹ “No es de todo punto exacto que la sentencia recurrida negara que los textos elaborados por el Sr. Germán pudieran ser objeto de propiedad intelectual, pues en su fundamento de derecho tercero le confiere expresamente la condición de creador y autor de los mismos, siendo lo afirmado que dichos textos no podían incluirse entre las obras de creación tecnológicamente avanzadas, como son las audiovisuales, a que se refiere el artículo 10.1d) de la Ley 22/87, cuya autoría, en razonamiento del Tribunal “a quo”, se le otorga, por el artículo 87 de la misma, al guionista, “labor que ha corrido a cargo de Doña Rosario , quien partiendo de los textos elaborados por el actor, seleccionaba los que estimaba más adecuados y confeccionaba sus propios textos, eligiendo la música y la forma de narración de los distintos capítulos y una vez terminada la filmación por los operadores a sus órdenes, con el material rodado procedía al montaje de los programas en su versión definitiva, de acuerdo con lo convenido con la productora, en cuyas operaciones, de orden técnico muchos de ellos, ninguna participación tenía el autor Sr. Germán”, presupuestos los aquí entrecomillados que constituyen una realidad probatoria declarada en el fundamento antedicho y que ha quedado incólume al no haber sido combatida por vía casacional adecuada. Por lo expuesto, la única autoría que podía reconocerse al Sr. Germán era la correspondiente a los textos por él elaborados, pero ello no le confiere derecho alguno a ser considerado como coautor de la obra audiovisual, sino, tan sólo, colaborador de la misma en los términos en que fue contratado. Por otro lado, la expresada realidad probatoria no permite conceptuar a los reiterados textos como argumento propio y estricto de la obra audiovisual, por tanto, tampoco es posible atribuir al Tribunal “a quo” ninguna valoración errónea acerca de los artículos 10 y 87 de la Ley 22/87”. (FJ 7º).

Si se conjugan los supuestos en los que las diferentes aportaciones son distinguibles (o no) y son susceptibles de ser explotadas por separado (o no), se pueden observar tres tipos de obras en colaboración:

- a) Aportaciones indistinguibles y no susceptibles de ser explotadas por separado.
- b) Aportaciones distinguibles en la autoría pero inseparables en su explotación.
- c) Aportaciones susceptibles de ser explotadas por separado (y, por tanto, distinguibles).

De este modo, la obra en colaboración contempla un espectro de casos diverso: va desde las aportaciones indistinguibles e inescindibles, hasta aquellas otras en la que la autoría sobre cada parte es fácilmente atribuible y pueden ser objeto de explotación por separado. Cuando esto último sucede, cada autor puede explotar sus derechos separadamente, siempre que no se cause perjuicio a la explotación común (artículo 7.3. LPI).

Las obras en colaboración es uno de los rarísimos casos en los que puede haber límites a los derechos morales, por cuanto el juez puede, a solicitud de los legitimados activos, doblegar la renuencia de uno de los coautores para la divulgación de la obra³⁰. Además, una vez divulgada, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó (artículo 7.2. LPI).

La exigua regulación de las obras en colaboración la cierra el párrafo 4 del artículo 7 LPI, en el que se dice que los derechos de cada autor se determinarán en la proporción que ellos mismos pacten. Esta redacción se completa con una reafirmación de la naturaleza jurídica del derecho de autor como derecho de propiedad: a falta de pacto se aplicarán las normas sobre comunidad de bienes.

En realidad, los principios del estatuto jurídico de las obras en colaboración tienen dos reglas básicas³¹: solo cuando sea imprescindible hay que romper el concepto de autoría individual del artículo 5 LPI; siempre que sea posible debe permitirse la explotación separada de cada aportación.

³⁰ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 7. Obra en colaboración. En PALAU RAMÍREZ, F. & PALAO MORENO, G. *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 127-138). Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 133-136.

³¹ CARRASCO PERERA, Á., & DEL ESTAL SASTRE, R. (2019). Artículos 5º-7º. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 105-148). Madrid: Tecnos. Pág. 129.

3.2. Obras colectivas

Una obra colectiva se integra por distintas aportaciones de distintas personas que se funden en la obra colectiva, según el artículo 8 LPI. Según la primera acepción del diccionario de la RAE, el verbo fundir significa “derretir y licuar los metales, los minerales u otros cuerpos sólidos”. Aplicado a la obra, implica que las partes que la componen no pueden tener individualidad cuando se integran en ella. La obra colectiva integra aportaciones sin individualidad propia, en cierto modo fungibles.

En las obras colectivas, la pluralidad de aportaciones se realiza a iniciativa de alguien, bajo cuya coordinación se edita y divulga. Tener la iniciativa no significa necesariamente haber tenido la idea componer la obra, sino que es algo más específico, más concreto: se trata de un impulso sin el cual no sería posible llevarla a cabo³². Lo relevante de la posición de la persona que tiene la iniciativa tiene es la facultad de decidir qué aportaciones se incluyen (y cuáles no) en la obra colectiva. Usualmente esta persona es quien financia la obra, y suelen ser proyectos para los que se requiere una alta inversión, como pueden ser publicaciones de prensa, diccionarios o videojuegos. Es significativo que las obras cinematográficas y audiovisuales, que se componen a iniciativa de un productor, son situadas por el artículo 87 LPI fuera de esta tipología y calificadas como obras en colaboración, probablemente porque el legislador pretende restringir al máximo la figura.

La SAP de Baleares 24/2008, de 22 de enero³³ explica la diferencia entre obras en colaboración y obras colectivas por las posiciones del promotor y de los autores: “el rasgo que la doctrina considera como más distintivo de la obra en colaboración es la creación de la obra en común en un plano relativo de igualdad, sin jerarquía o subordinación alguna, y tanto lo serían si las aportaciones se hallan integradas o fuesen diferenciables. En cuanto a la obra colectiva, se caracteriza por los siguientes presupuestos: iniciativa y coordinación de los trabajos de los distintos autores que se funden en una creación única y autónoma e imposibilidad de atribuir separadamente a cualquiera de los autores su derecho sobre el conjunto”.

³² FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 8. Obra colectiva. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO ROMERO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 138-150). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 140.

³³ ECLI:ES:APIB:2008:106

Una obra colectiva requiere presentar un sentido conjunto. Las aportaciones deben ser partes más o menos pequeñas que no tengan sentido aisladamente, sino formando parte de un todo. Por tanto, las piezas de la obra separadamente no tienen sentido particular ni aportan mayor utilidad pero, ensambladas entre sí, dan lugar a una obra nueva, singular que, integrándolas, las trasciende. Las aportaciones pueden ser identificables o no. Si lo son, deben carecer de la importancia, de entidad e independencia suficientes como para que sean consideradas obras en sí mismas³⁴.

La doctrina es unánime en requerir una pluralidad de aportaciones o contribuciones correspondientes a diversos autores para la existencia de una obra colectiva³⁵. En una obra colectiva debe haber un número elevado de aportaciones³⁶, en un número que permita considerar que la labor del director o coordinador tiene un valor esencial, más allá de la simple agregación³⁷:

¿Es necesario que la contribución personal de cada participante en la obra colectiva hubiera sido concebida expresamente para integrarse en la obra colectiva? No necesariamente, bastaría con que concurriese esa condición en la mayoría de las contribuciones para la consideración de obra colectiva, lo que permite la inclusión de algunas obras preexistentes³⁸.

El artículo 8 de la LPI atribuye al editor o promotor todos los derechos de autor sobre la obra. Con críticas de un importante sector de la doctrina³⁹, el artículo es explícito y otorga al editor no sólo los derechos patrimoniales, sino también los morales, aunque la paternidad de la aportación de cada autor sí debe constar en la divulgación de la obra (artículo 14.3. LPI). De este modo, un autor que participa en

³⁴ ROGEL VIDE, C. (2021). *Obras colectivas y propiedad intelectual*. Madrid: Editorial Reus. Págs. 61-63.

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). *Manual de propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo blanc. Pág. 79

³⁶ De ROMÁN PÉREZ, R. (2007). Una visión particular sobre la obra colectiva y la difícil cuestión de los derechos morales de la persona jurídica. En IGLESIAS REBOLLO, C., *Sujetos del derecho de autor* (págs. 55-85). Madrid: Editorial Reus. Págs. 66 y siguientes.

³⁷ VILA GONZÁLEZ, E. (2012). Notas sobre la obra colectiva. En C. ROGEL VIDE, & C. D. VALDÉS DÍAZ, *Obras originales de autoría plural* (págs. 131-141). Madrid: Editorial Reus. Pág. 138.

³⁸ Visto en FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 8. Obra colectiva. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO ROMERO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 138-150). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 145.

³⁹ CÁMARA AGUILA, M. D. (2010). La obra colectiva, ¿solución o problema? *Revista de propiedad intelectual*, 13-52. La autora señala que el promotor carece de los derechos morales de arrepentimiento y de identificación.

una obra colectiva solo puede decidir si participa o no, pero una vez que lo hace todos los derechos que pudieran corresponderle se transfieren automáticamente al coordinador con cuya iniciativa se realiza la obra.

No obstante, para ser considerado editor o divulgador de la obra no basta con que su nombre figure como tal en la obra, sino que deberán asumir tareas reales de coordinación, una labor que, por contra, no exige al productor cinematográfico o audiovisual (artículo 88 LPI). Lo que no se sabe a tenor de la redacción del artículo es si la coordinación tiene que ser creativa o simplemente de administración. En mi opinión, lo jurídicamente razonable es que sea necesario un plus de creatividad superior a la mera selección de las aportaciones, es decir, no se puede considerar obra colectiva a la que no tiene una originalidad adicional a la de sus aportaciones agregadas.

La existencia de una obra colectiva responde a un principio de estricta tipicidad, de forma que solo podrá considerarse como tal a la que cumpla todos y cada uno de los requisitos legalmente previstos. En consecuencia, el establecimiento de una obra colectiva depende del cumplimiento de esos criterios, y no de la voluntad de las partes⁴⁰. La STS 738/2000, de 11 de julio⁴¹, se pronuncia al respecto: “Para establecer el concepto de obra colectiva no valen conjeturas mas o menos fundadas, sin previa fijación de los datos de hecho concurrentes exigidos por el supuesto normativo, ya que así como la vinculación de la persona natural con la autoría de la obra que crea (sea científica, literaria o artística) (artículo 1) se basa en un nexo claro de existencia o inexistencia, las especificaciones de “obra en colaboración” u “obra colectiva”, “obra compuesta o independiente”, reclaman la fijación de circunstancias fácticas previas, configuradoras del concepto, en términos inequívocos, que resulten de documentos o actos concluyentes, por cuanto son delimitadoras y, también limitadoras de los derechos de autor”.

Una obra colectiva requiere una relación contractual previa. Es de lógica jurídica: en las obras colectivas los derechos se atribuyen originariamente al promotor, de lo que se deriva que los participantes no tendrán derecho alguno sobre su participación. De ahí es razonable inferir que es necesaria una relación contractual previamente formalizada para que se produzca un efecto jurídico de esa magnitud. Los contratos deberán redactarse de tal manera que imposibiliten la

⁴⁰ BATALLER I RUIZ, E. (2002). *La obra colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 51.

⁴¹ ECLI:ES:TS:2000:5717

atribución de derechos a un autor sobre el conjunto realizado⁴². Lo más conveniente, y lo usual en el tráfico jurídico, es que las partes formalicen el contrato a través de escritura pública. La consecuencia es que, si no hay contrato de aportación a obra colectiva, difícilmente podrá considerarse que los autores de las aportaciones renuncian a sus legítimos derechos.

El legislador y la jurisprudencia no ven con buenos ojos la utilización indiscriminada de la obra colectiva, porque consideran que es una fórmula con la que fácilmente se podrían defraudar los derechos de los autores. En este sentido, no son de recibo maniobras tales como la de considerar colectiva una obra integrada por partes claramente diferenciables e imputables a personas determinadas; consideran, en suma, los derechos de los autores sobre sus obras no se pueden defraudar utilizando el artículo 8 LPI como norma de cobertura. ROGEL VIDE⁴³ expone supuestos, pretendidos o reales, de obras colectivas, con los que concluye que se ha intentado abusar de la categoría para defraudar los derechos de autor.

La jurisprudencia española entiende que hay que anteponer severas restricciones antes de considerar una obra como colectiva, por ejemplo, la STS 2601/2001, de 29 de marzo⁴⁴ o la SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2000⁴⁵, en la que el tribunal considera que el diseño gráfico y las ilustraciones gozan de independencia dentro de la memoria financiera de una entidad bancaria, de modo que tal independencia impide la consideración de la obra como colectiva. “La memoria no responde a esa naturaleza de obra de creación intelectual ex novo única e inescindible, en la que la aportación creativa del actor es la puramente estética de diseño e ilustración, para que el documento obligado tenga una presentación depurada y cuidada. (...). Desde otro ángulo, aun aceptando que se tratase de obra colectiva, tampoco puede decirse que el banco demandado sea el dueño de los derechos según el art. 8 L.P.I., en cuanto dicho artículo no dice que lo sea por modo automático, sino que lo será salvo pacto en contrario, y aquí no solo no hay pacto, sino oposición al uso, máxime cuando el único pacto que podría haber existido se quedó solo en negociaciones frustradas”. (FJ 3º).

⁴² BATALLER I RUIZ, E. (2002). *La obra colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 153.

⁴³ ROGEL VIDE, C. (2021). *Obras colectivas y propiedad intelectual*. Madrid: Editorial Reus. Págs. 93-115.

⁴⁴ ECLI:ES:TS:2001:2601

⁴⁵ ECLI:ES:APM:2000:12849

¿Tienen los editores o divulgadores la facultad de explotar separadamente los derechos de una obra colectiva⁴⁶? O dicho de otra manera, ¿los derechos sobre la obra, que el artículo 8.2. atribuye a los editores o promotores, pueden ser ejercitados también sobre cada una de las partes que la componen? El artículo 8 LPI atribuye al editor o promotor la autoría sobre la obra colectiva, y no sobre cada una de sus partes, que corresponden a los autores individualizados. Referido a publicaciones periódicas, el párrafo primero del artículo 52 LPI se pronuncia en este sentido: “Salvo estipulación en contrario, los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado”.

3.3. Obras compuestas

En la obra compuesta hay aportaciones diacrónicas de diversos autores: se trata de una obra nueva y original que incorpora, como mínimo, una obra preexistente. El autor de esta última ha de autorizar la incorporación, no ha de colaborar en ella y, por supuesto, conserva los derechos sobre su obra (artículo 9 LPI). A diferencia de las obras colectivas, en las compuestas no existe la figura de una persona investida de poder especial que selecciona y coordina las diferentes aportaciones⁴⁷, sino la de alguien que simplemente incorpora una o varias obras preexistentes a una obra nueva y diferente de la anterior (artículo 21 LPI).

Los requisitos legales para la existencia de una obra compuesta son incorporación, ausencia de colaboración y la autorización preceptiva:

A) Incorporación

La incorporación puede hacerse por dos vías: la reproducción literal, o por vía de la transformación, en cualquiera de los supuestos del artículo 11 LPI⁴⁸.

⁴⁶ ESTEVE PARDO, A. (2016). Titularidad de derechos de autor sobre las contribuciones a una obra colectiva. En *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (págs. 181-207). Dykinson.

⁴⁷ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 9. Obras compuestas. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 150-160). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 151.

⁴⁸ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2019). Artículo 9. Obra compuesta e independiente. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad in-*

Habr  incorporación, pero no necesitan autorización, en los casos en los que la reproducción literal de un fragmento de una obra se hace a título de cita, tal y como prevé el artículo 32 LPI.

Es necesario distinguir entre incorporación y obras interactivas. Hacer un fonograma o un ideograma más accesible por medio de tecnologías digitales (por ejemplo, en el catálogo de una plataforma de streaming), no implica la existencia de una obra compuesta: la obra sigue siendo la misma, pero los modos de acceso son diferentes.

B) Ausencia de colaboración

En mi opini n⁴⁹, para la existencia de una obra compuesta, la colaboración debe limitarse única y exclusivamente a la obtención de la autorización, en caso de que la aportación desborde esa tarea, la tipología mudar a hacia la obra en colaboración. Las consecuencias son diferentes: el coautor tiene derechos originarios sobre la obra resultante, el autor de la obra incorporada, no, serán los pactados por la autorización. En aras a evitar la defraudación de los derechos de los creadores, en una obra compuesta el contacto artístico debe ser mínimo, y limitado a la autorización.

C) La preceptiva autorización

La autorización es obligatoria, aunque no para la creación de una obra compuesta, sino para su explotación. De este modo, la autorización ha de ser previa al inicio de la explotación, porque de lo contrario contrario podría darse un ilícito penal del artículo 270 CP.

La autorización ha de solicitarse al titular de los derechos y suele ser remunerada. Es decir, quien cede los derechos participa o puede participar de los ingresos de la explotación de la obra compuesta en la proporción acordada por las partes, aunque en el acuerdo también podrá acordarse la sustitución de la participación por una remuneración a tanto alzado (artículo 46 LPI⁵⁰).

telectual (págs. 154-158). Madrid: Tecnos. Pág. 155.

⁴⁹ En ese sentido, discrepo con RODRÍGUEZ TAPIA. En RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2019). Artículo 9. Obra compuesta e independiente. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 154-158). Madrid: Tecnos.

⁵⁰ Artículo 46.2 LPI: "Podrá estipularse, no obstante, una remuneración a tanto alzado para el autor en los siguientes casos:

Como es lógico, no se necesitará autorización cuando la obra incorporada se encuentre en dominio público.

Por último, una situación peculiar. Cuando se habla o se lee de la incorporación de una obra en otra y sobre autorización preceptiva es inevitable pensar en autores distintos pero, en realidad, nada obsta para que el autor de las obras que dan lugar a una obra compuesta sean el mismo. Por ejemplo, en el caso que aborda la SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2004⁵¹.

4. CONCLUSIONES

Primera. La adquisición originaria de los derechos de autor, patrimoniales y morales, está determinada por el hecho de la creación. Así, no es un acto de carácter negocial, sino un predicado real para la persona física que crea una obra original expresada en un soporte tangible o intangible.

Segunda. Son especialmente importantes en los mercados de bienes artísticos los casos de autoría plural. Tanto más cuanto que algunos sectores son económicamente potentes y que las personas jurídicas no pueden ser consideradas autores.

Tercera. Los casos previstos en la LPI son tres: obras en colaboración, obras colectivas y obras compuestas.

Cuarta. En las obras en colaboración, los autores que intervienen en la creación están en posición de igualdad, sin jerarquía o subordinación. Por supuesto, las aportaciones tienen que cumplir los dos requisitos que definen a una creación protegida (originalidad y plantación en un soporte). En este caso, los derechos corresponden a todos ellos en la proporción que pacten. Cuando las aportaciones sean susceptibles de ser explotadas por separado, cada autor puede explotar sus derechos separadamente, siempre que no suponga menoscabo a la explotación común.

a) Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución.

b) Cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destinen.

c) Cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre”.

⁵¹ ECLI:ES:APB:2004:2059

Quinta. En las obras colectivas, en cambio, sí hay jerarquía. Son aquellas obras que se crean a iniciativa de alguien, con un impulso real con una carga creativa superior a la mera adición de las partes. Es a esta persona a quien la Ley atribuye todos los derechos sobre la obra, tanto los patrimoniales como, de forma muy discutible, los morales. La condición de obra colectiva responde a un estricto criterio de tipicidad: su consideración depende del cumplimiento de los criterios legales, y no de la voluntad de las partes.

Sexta. Con buen criterio, tanto la jurisprudencia como buena parte de la doctrina ven con desconfianza la figura de la obra colectiva, por el peligro de que pueda servir de cobertura para defraudar los derechos de los autores. En este sentido, consideran necesarias una serie de condiciones: i) las aportaciones creativas no pueden ser diferenciables, ni tener sentido por separado, sino únicamente formando parte del todo; ii) es requerido una pluralidad de aportaciones, es decir, el número ha de ser estimable; iii) ha de producirse una relación contractual previa, preferentemente a través de escritura pública.

Séptima. Por último, en las obras compuestas hay una obra que integra o anexiona una o varias obras preexistentes. Los requisitos son tres: i) incorporación; ii) autorización del titular de los derechos de la obra preexistente; iii) ausencia de colaboración, es decir, la labor del autor de la obra preexistente debe limitarse única y exclusivamente a la obtención de la autorización.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA-QUINTERO, L., & CRUZ-FINO, J. (2018). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor. *Revista la Propiedad Inmaterial*, n° 26, 171-188.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo blanc.
- BATALLER I RUIZ, E. (2002). *La obra colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 51.
- CÁMARA AGUILA, M. D. (2010). La obra colectiva, ¿solución o problema? *Revista de propiedad intelectual*, 13-52.
- CARRASCO PERERA, Á., & DEL ESTAL SASTRE, R. (2019). Artículo 6. Presunción de autoría, obras anónimas o seudónimas. En R. BERCO-

- VITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 114-122). Madrid: Tecnos.
- CARRASCO PERERA, Á., & DEL ESTAL SASTRE, R. (2019). Artículos 5º-7º. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 105-148). Madrid: Tecnos.
- ESTEVE PARDO, A. (2016). Titularidad de derechos de autor sobre las contribuciones a una obra colectiva. En *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (págs. 181-207). Dykinson.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2006). *El encargo de obra intelectual*. Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 7. Obra en colaboración. En PALAU RAMÍREZ, F. & PALAO MORENO, G. *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 127-138). Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 133-136.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 8. Obra colectiva. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO ROMERO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 138-150). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 140.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 9. Obras compuestas. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 150-160). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 151.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (2022). *El derecho de autor en el contexto de la propiedad intelectual. Antecedentes históricos y convenios internacionales*. OMPI.
- PEINADO GRACIA, J. I. (2017). Artículo 10. Obras y títulos originales. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 160-223). Valencia: Tirant lo Blanch.
- PLAZA PENADÉS, J. (2017). Artículo 1. Hecho generador. En F. PALAU RAMÍREZ, & G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 17-39). Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2019). Artículo 9. Obra compuesta e independiente. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (págs. 154-158). Madrid: Tecnos. Pág. 155.
- ROGEL VIDE, C. (2021). *Obras colectivas y propiedad intelectual*. Madrid: Editorial Reus. Pág. 61.
- SENLE CARIDE, M. (2019). Los derechos de autor en el ajedrez. *Revista de derecho UNED*, nº 25, 661-685.

IMPOSICIÓN TRIBUTARIA SOBRE EL JUEGO: INGENTE RECAUDACIÓN CON NULA EFICACIA DESINCENTIVADORA; NECESIDAD DE MAYOR PROTECCIÓN Y AYUDA A LA REHABILITACIÓN

HUGE TAX COLLECTION WITH ZERO DISINCENTIVE
EFFECTIVENESS; NEED FOR GREATER PROTECTION AND
REHABILITATION ASSISTANCE

JORGE BAÑUELOS FERNÁNDEZ

Alumno de doctorado de la UNED

Sumario: 1. Justificación a la intervención del sector público en el mercado del juego. 2. Regulación normativa vs establecimiento de tributos. 3. El mercado del juego en España. 3.1. Distribución territorial del juego en España. 3.2. Datos sobre el consumo de juego. Tipología del juego: canal off line y canal online. Aportación al P.I.B. Por parte del sector de juego. 4. Imposición sobre el juego en España. 5. Medidas adoptadas sobre el sector del juego online con motivo de la crisis de la pandemia Covid-19. 6. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Anexos

Resumen: Desde que el juego fue liberalizado en España con la llegada de la Democracia, la regulación desarrollada ha sido farragosa, compleja y confusa; recibiendo constantes críticas, de los agentes implicados (tanto operadores como jugadores y asociaciones del sector) por considerarla restrictiva (en cuanto a libertad de establecimiento y competencia fiscal), discriminatoria (para el juego privado frente al juego público), ineficaz, (para controlar el creciente juego “on line”) e insuficiente (en relación con el destino de recursos obtenidos para ayudar a paliar sus efectos nocivos).

Palabras clave: Fiscalidad del juego, establecimiento permanente, Impuesto sobre Sociedades, actividades de ocio, juego problemático.

Abstract: Since gambling was liberalized in Spain with the arrival of Democracy, the regulation developed has been cumbersome, complex and confusing; receiving constant criticism from the agents involved (both operators and players and associations in the sector) for considering it restrictive (in terms of freedom of establishment and tax competition), discriminatory (for private gambling compared to public gambling), ineffective (to control the growing “online” gambling) and insufficient (in relation to the destination of resources obtained to help mitigate its harmful effects). It seems a certain fact that the increasing taxation levied on gambling (both at the state and regional level), and which reports a huge collection to the Administration, does not produce any disincentive effect nor does it have a minimally proportional transfer to implement protective measures and aid for rehabilitation. Something is wrong?

Key words: Fiscality of gambling activities, permanent establishment, Corporate Income Tax, leisure activities, problem gambling.

I. JUSTIFICACIÓN A LA INTERVENCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN EL MERCADO DEL JUEGO

El sector del juego en España se encuentra regulado por un marco normativo que busca garantizar la transparencia, prevenir el fraude y proteger a los consumidores, especialmente a los colectivos vulnerables. La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, constituye el eje central de la legislación española en este ámbito, estableciendo los requisitos y limitaciones para las actividades de juego tanto presenciales como en línea.

Desde su entrada en vigor, la normativa ha experimentado diversas modificaciones, incluyendo el Real Decreto 958/2020, que introdujo restricciones a la publicidad del juego online con el objetivo de reducir la exposición de menores y personas con comportamientos de juego problemático. En 2025, las autoridades continúan fortaleciendo el marco regulador con la implementación de medidas adicionales para mejorar la supervisión y control de operadores.

Uno de los aspectos clave de la regulación actual es la supervisión ejercida por la Dirección General de Ordenación del Juego (DGOJ), organismo encargado de otorgar licencias y vigilar el cumplimiento de las normativas establecidas. En este sentido, la DGOJ ha intensifi-

cado el uso de tecnologías avanzadas para detectar patrones de juego compulsivo y garantizar el cumplimiento de las restricciones publicitarias impuestas a operadores.

En el ámbito autonómico, cada Comunidad Autónoma tiene competencias para regular los juegos de azar presenciales dentro de su territorio, lo que genera cierta heterogeneidad en la aplicación de las normativas. Casi todas las Comunidades Autónomas han endurecido las condiciones de apertura de salones de juego y han establecido mayores controles de acceso para evitar la participación de menores.

Desde una perspectiva socioeconómica, el sector del juego representa una fuente significativa de ingresos para el Estado, generando millones de euros en impuestos y contribuyendo al empleo en diversas áreas. No obstante, el impacto del juego problemático sigue siendo una preocupación central, lo que ha llevado a la promoción de campañas de concienciación y la implementación de mecanismos de autoexclusión.

En conclusión, la regulación del juego en España en 2025 se encuentra en constante evolución para equilibrar el desarrollo de la industria con la protección de los consumidores. Las medidas restrictivas en publicidad, la vigilancia tecnológica y el control autonómico buscan minimizar los riesgos asociados a la actividad, manteniendo un entorno seguro y responsable para los jugadores.

Desde comienzos de 2020¹, el mercado del juego de azar ha adquirido un gran protagonismo debido al aumento de la regulación por parte del Gobierno Central. El Ministerio de Consumo ha promovido diversas medidas restrictivas², incluyendo el Real Decreto 958/2020, que limita drásticamente la publicidad de los juegos online para reducir la exposición de menores y personas con comportamientos de juego problemático. Sin embargo, la eficacia de estas restricciones puede

¹ Según los expertos de Cejuego, el juego privado online cuenta con 1,6 millones de usuarios al año frente a los 25,9 millones que juegan a las loterías estatales.

² Fuente: https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/dinero/retirada-publicidad-sector-juego-provocara-cierre-pequenas-webs-apuestas/20210924113048278807.html?utm_medium=email&utm_source=Newsletter&utm_campaign=20210927&utm_term=La%20retirada%20de%20la%20publicidad%20del%20juego%20provocar%5Cu00E1%20el%20cierre%20de%20las%20peque%5Cu00F1as%20webs%20de%20apuestas&utm_content=email

² Se denomina el juego como un bien, a pesar de que el Tribunal Supremo no considera las actividades de lotería como mercancías sino como servicio, a tenor del artículo 60.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea que expone; "... se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas."

verse comprometida si no se implementan de manera coordinada a nivel internacional, ya que las prohibiciones unilaterales pueden fomentar la proliferación del mercado negro.

Las actividades lúdicas³, incluido el juego, responden a factores psicológicos que no siempre siguen las normas económicas convencionales. A pesar de los riesgos asociados, el Estado⁴ obtiene ingresos significativos a través de la tributación del sector y de la explotación monopolística de ciertas actividades de lotería. Además, los jugadores suelen consumir bienes complementarios gravados mediante impuestos especiales, lo que convierte al sector en una fuente relevante de recaudación fiscal.⁵

Desde el punto de vista de la Hacienda Pública, las actividades de entretenimiento, como el juego, son bienes privados en los que existe rivalidad en el consumo y exclusión por precio⁶. Sin embargo, su posible carácter adictivo⁷ y la necesidad de proteger a las personas menores de edad justifican la intervención del Sector Público⁸ mediante una regulación que prevenga el uso indebido de esta actividad lúdica. El Estado, en su función reguladora, puede imponer restricciones, sanciones o tributos que modulen el mercado del juego para minimizar sus externalidades negativas.

³ Sin perjuicio de que el juego gestionado por operadores públicos se denomina “juegos de ilusión”, en este documento no se distingue entre una modalidad y otra, haciendo referencia a actividades de juego sin distinción.

⁴ Pero no sólo el Estado explota Loterías de forma monopolística sino que la Organización Nacional de Ciegos (ONCE), actúa de forma monopolística, también. Y la publicidad de estos juegos se realiza de forma muy amplia, mientras que se restringe la actividad publicitaria para los operadores privados.

⁵ En este sentido se pronuncian Martiñón y Wences (2014), “podemos afirmar que tanto la necesidad de recursos fiscales por un lado, como la ineficacia de la prohibición total de los juegos de azar, ha llevado a su legalización en contextos culturales distintos, en un proceso que ha supuesto la traslación de su clasificación como políticas eminentemente morales, a políticas en las que los aspectos instrumentales, principalmente económicos, también tienen mucha relevancia. Ello no quita para que todavía puedan ser juzgadas desde una perspectiva moral.”

⁶ El sector privado del juego ha creado 7000 empleos desde 2013 y aporta 351 millones de euros en cotizaciones sociales según el *Anuario del juego en España* (2019).

⁷ La Resolución de 11 de julio de 2019, de la Dirección General de Ordenación del Juego, prohíbe ofrecer apuestas sobre eventos que sean protagonizados exclusiva o mayoritariamente por menores de edad.

⁸ En el caso español, el Sector Público interviene en el mercado del juego como un agente más. En concreto, los dos grandes componentes de SELAE son la Lotería Nacional –dentro de ella el sorteo de Navidad representa el 14,8% del mercado del juego, y las loterías primitivas, que supone el 16,9%.

Desde una perspectiva socioeconómica, el mercado⁹ del juego enfrenta el desafío de equilibrar el desarrollo de la industria, con la protección de los consumidores. Las medidas restrictivas en publicidad, la vigilancia tecnológica y el control autonómico buscan minimizar los riesgos asociados, manteniendo un entorno seguro y responsable para los jugadores. En este contexto, la regulación debe adaptarse constantemente para responder a los cambios en el comportamiento del consumo y la evolución del sector.

La Constitución Española de 1978 establece un sistema económico y social basado en el equilibrio entre la libertad de empresa, la protección de los consumidores y usuarios y el derecho a la protección de la salud, configurando así un marco en el que la iniciativa económica privada debe desarrollarse conforme al interés general.

El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, garantizando el libre ejercicio de la actividad económica. No obstante, esta libertad no se configura como un derecho absoluto, sino como un principio que debe ejercerse de acuerdo con las exigencias del interés general y dentro de los límites que establezca el legislador. El propio Tribunal Constitucional ha señalado (por ejemplo, en la STC 83/1984) que la libertad de empresa no excluye la intervención de los poderes públicos cuando sea necesaria para preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.

En estrecha relación con lo anterior, el artículo 51 CE impone a los poderes públicos el deber de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos. Este precepto actúa como límite y contrapeso a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38, en la medida en que impone obligaciones positivas al Estado para regular, controlar y supervisar la actividad económica con el fin de evitar abusos y asegurar la transparencia y equidad en las relaciones de consumo.

Por su parte, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Este derecho se conecta tanto con la libertad de empresa —en especial en sectores con incidencia directa en la salud pública, como la industria alimentaria, farmacéutica o medioambiental— como con la protección de los consumidores, dado que la salud constituye uno de los bienes jurídicos más relevantes que la interven-

⁹ El juego gestionado por operadores públicos supone el 43,4% del mercado. Casi un tercio del mercado global del juego lo representa SELAE, y la ONCE el 10%, según el Anuario del Juego en España (2019).

ción estatal busca preservar frente a los posibles riesgos derivados de la actividad económica.

En consecuencia, la relación entre los artículos 38, 51 y 43 CE pone de manifiesto la dimensión social del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1.1 CE. El reconocimiento de la libertad de empresa se enmarca en un contexto en el que los poderes públicos deben intervenir para armonizar la libertad económica con la protección de los derechos fundamentales y los intereses colectivos, especialmente los relativos a la salud y a la seguridad de los consumidores. De este modo, la Constitución articula un modelo económico en el que la iniciativa privada y el mercado se subordinan al servicio del bienestar general, conforme al principio de Estado social y democrático de Derecho.

La intervención del Estado en las actividades de juego y apuestas no se limita a la obtención de ingresos fiscales; sino que también responde a una serie de objetivos no recaudatorios orientados a proteger el interés público.

El Estado, mediante tu intervención, busca prevenir y mitigar los riesgos sociales asociados al juego, tales como la ludopatía, el endeudamiento excesivo y el deterioro de la convivencia familiar.

Y para ello establece límites, controles y mecanismos de juego responsable. Pretendiendo paralelamente garantizar la transparencia y la integridad de las actividades de juego para evitar fraudes, manipulación de resultados y prácticas ilegales.

El Estado actúa como garante para combatir el lavado de dinero y otras formas de delincuencia organizada, asegurando que las plataformas y establecimientos cumplan estándares estrictos de trazabilidad y supervisión.

La regulación permite proteger a los consumidores, especialmente a los menores y a los grupos vulnerables, asegurando que la oferta de juego sea segura, veraz y no abusiva. En conjunto, estos objetivos reflejan la responsabilidad estatal de equilibrar la libertad económica con la protección efectiva de la sociedad.

Los mecanismos de “autoexclusión de jugadores” y la “restricción de la publicidad” son herramientas fundamentales para proteger a las personas vulnerables frente a los riesgos asociados al juego.

La autoexclusión permite que quienes reconocen señales tempranas de pérdida de control puedan establecer un límite claro, alejándose de los entornos que favorecen la conducta compulsiva.

Es un acto de responsabilidad personal, pero también una medida que demuestra que el sistema puede ofrecer alternativas seguras y respetuosas con la salud de los jugadores.

Por su parte, la limitación de la publicidad contribuye a reducir la exposición constante a mensajes que pueden impulsar comportamientos de riesgo, especialmente en personas vulnerables o en proceso de recuperación.

Una regulación estricta evita que el juego se presente como una actividad inofensiva o como una vía rápida hacia el éxito, y favorece una comunicación más equilibrada y responsable.

Ambas medidas, combinadas, crean un entorno más seguro y consciente, donde el bienestar y la prevención prevalecen sobre la promoción del consumo.

Fomentar la autoexclusión y regular la publicidad no solo protege a quienes juegan, sino que también promueve una sociedad más informada, saludable y comprometida con el juego responsable.

2. REGULACIÓN NORMATIVA VS ESTABLECIMIENTO DE TRIBUTOS

Subraya Zamora Manzano *los efectos perniciosos del juego se dejan sentir a lo largo de todas las regulaciones jurídicas que inciden en su represión en base a unos elementos antijurídicos basados en argumentos moralistas: los vicios y malas costumbres que crean problemas de desorden social y reveses en las fortunas... hemos encontrado en la exégesis crítica de las fuentes romanas la distinción entre los juegos y apuestas permitidos basados en competiciones deportivas en la que los jugadores ya sea por fortaleza, experiencia o técnica y a veces, por azar, se sabe de antemano quien puede ser el jugador vencedor; y otros los prohibidos, relacionados con la suerte, envite o azar; estos últimos adolecen, en base a la literatura y las fuentes romanas, de una valoración negativa que lleva a establecer un marco normativo por los efectos del deterioro económico y social. Por tanto, existe toda una regulación jurídico-administrativa dirigida a reprimir y castigar el juego de azar y que intentaba evitar alteraciones del orden público.*¹⁰

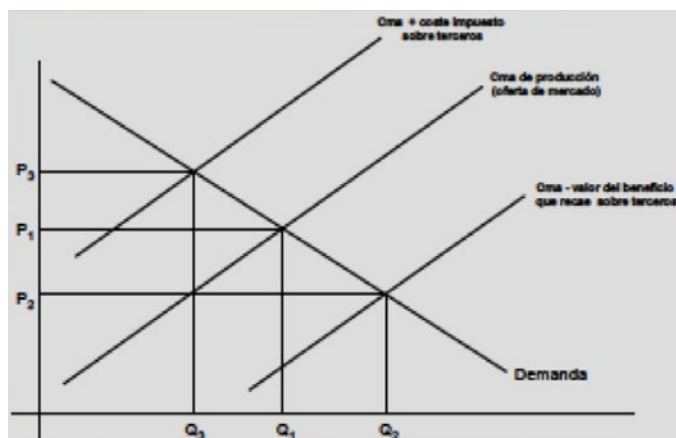
¹⁰ ZAMORA MANZANO, JOSÉ LUIS: *La regulación jurídico-administrativa del juego en el derecho romano y su proyección en el derecho moderno*, Dykinson, Madrid, 2011.

Así que, en aquellas circunstancias en las que aparezcan externalidades lo suficientemente importantes como para justificar sobradamente la intervención del Sector Público, esta se hará, no por un argumento moralista, como apunta Zamora, sino por la necesidad de ordenar un mercado en el que los posibles efectos externos pueden provocar un aumento del gasto público posterior, derivado del tratamiento de las adicciones generadas por un mal uso del juego.

Indudablemente sí existen externalidades, si los derechos de propiedad no están claramente definidos, - como en menores de edad y personas que padecen ludopatía-, pues no pueden hacer uso pleno de su libertad; unos por falta de madurez y desconocimiento de las consecuencias de un abuso del juego, y los segundos, como consecuencia de la patología adictiva que padecen. Y, además los costes de transacción son muy altos, ya que se hace difícil un acuerdo entre el oferente y el demandante, se justifica plenamente la intervención del Sector Público en este mercado, para paliar, compensar o regular estas externalidades, que no se corrigen en el propio mercado.

Por otro lado, la intervención pública a través de tributos se justifica a la vista de los efectos externos que el juego puede generar, como se indica en el gráfico siguiente. No obstante, la inelasticidad de la demanda del juego, creciente en la medida en que los niveles de consumo aumentan, esteriliza el efecto disuasivo de la subida de precios de la prestación de servicios, derivada del tributo.

Efectos derivados de la existencia de externalidades (negativas, a las que se establece un impuesto, o positivas, para las que deberían preverse subvenciones)



Fuente: Elaboración propia

Si los mercados presentan externalidades, tanto el establecimiento de un tributo como el reconocimiento de una subvención se establecen con la intención de tratar de compensar con precios superiores o inferiores al de equilibrio, respectivamente. De manera que se internalicen las externalidades negativas o positivas. Pero para poder conseguir la eficiencia, las leyes deben definir claramente los derechos de propiedad y reducir los costes de transacción, así como han de promover la competencia perfecta del mercado.

En todo caso, el resultado final de la asignación de los recursos no depende de a quién y cómo se le atribuyan los derechos de propiedad, sino que es independiente de la atribución de los mismos, pues se realiza atendiendo a las reglas de oferta y demanda del mercado. El marco legal es prescindible siempre que los costes de transacción fueran nulos aunque los derechos de propiedad no estuvieran definidos.

Sin embargo, para que se produzca un intercambio voluntario eficiente es necesario que:

- Exista claridad en la atribución de los derechos de propiedad.
- Los acuerdos propuestos se cumplan.
- Los costes de transacción sean bajos.
- Exista igualdad entre las partes.
- Ambas partes ganen con el intercambio.

En términos generales, estas condiciones se cumplen en el mercado del juego, pues los derechos de propiedad están perfectamente asignados, cuando el mercado funciona en competencia y, si los costes de transacción son nulos, se puede decir que el consumidor no adictivo de juego, actúa de manera libre y voluntaria. Y por tanto, la intervención del Sector Público debería limitarse al establecimiento de los tributos correspondientes, como consecuencia del aumento de la capacidad económica, derivada de las ganancias del juego, mediante un impuesto que grave esta plusvalía, y no mediante un impuesto sobre el consumo.

2.1. Regulación normativa del juego en España

La estructura del mercado del juego en España muestra cómo conviven empresas públicas (Loterías y Apuestas del Estado) o semi-públicas (ONCE) con empresas privadas, que explotan el mercado a través de muy diversas modalidades de juego. Todos ellos realizan ac-

tividades de entretenimiento de diversas formas, los agentes intervinientes son tanto públicos como privados, y operan mediante canales físicos tradicionales o a través de actividades online, en el ejercicio de la responsabilidad y libertad individuales.

El marco regulatorio¹¹ español pretende servir mejor a los objetivos del mercado y trata de favorecer la protección de la salud pública, los menores y la prevención de conductas adictivas y fraudulentas. Para ello se han aprobado una serie de normas con contenido muy diverso:

- La Orden OCI/759/2019, de 9 de julio, crea la Comisión para combatir la manipulación de competiciones deportivas y el fraude en las apuestas.
- La Resolución de 11 de julio de 2019, de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que se prohíbe ofrecer apuestas sobre eventos que sean protagonizados exclusiva o mayoritariamente por menores.
- El Convenio entre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Dirección General de Ordenación del Juego para el intercambio de información, firmado el 7 de octubre de 2019.
- La Resolución de 10 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que se publica el Convenio de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, para la interconexión automatizada de los correspondientes registros de interdicción de acceso al juego.
- La Resolución de 11 de julio de 2019, de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que se prohíbe ofrecer apuestas sobre eventos que sean protagonizados exclusiva o mayoritariamente por menores de edad.
- El Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, por el que se desarrollan entornos más seguros de juego.

La evidente dispersión normativa dificulta que se realice un tratamiento homogéneo en todo el país, provocando que existan 19 normativas diferentes, aplicables según la Comunidad o Ciudad Autónoma en la que se realice la actividad.

¹¹ La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, que constituye la base de esta regulación ha sido modificada en los aspectos de protección de la salud pública y prevención de conductas adictivas por toda la regulación posterior que en este apartado se cita.

Reflejo de esta disparidad de normas autonómicas es que algunas regiones han decidido darle un carácter finalista a la recaudación de la tasa sobre el juego, mientras otras comunidades no contemplan esta opción. En concreto, Canarias, a través de la Ley 7/2018 de 28 de diciembre, de Presupuestos para la Comunidad Autónoma, introduce (a través de la Disposición Final Vigésima tres) un nuevo artículo a la Ley 8/2010, de Juegos y Apuestas de Canarias, por el que se determina que el 1% de la recaudación derivada de los impuestos indirectos sobre casinos, juegos y apuestas, así como la imposición de multas pecuniarias por infracciones en materia de juego, se destinarán a programas específicos para la previsión, tratamiento y rehabilitación de la dependencia del juego de azar.

En consonancia con el carácter finalista y proteccionista que el mercado del juego requiere, Madrid, a través del Decreto 42/2019, de 14 de mayo, que reforma el Reglamento de Máquinas Recreativas y Juego, destinará al menos el 0,7% de la recaudación procedente de la Tasa Fiscal sobre el Juego a la financiación de políticas de prevención y tratamiento de la ludopatía.

Estas medidas, que justifican la intervención pública en el mercado, se realizan de forma aislada y voluntaria en las regiones en las que el legislador así lo estima oportuno, evidenciando la falta de liderazgo por parte del Estado Central que debería establecer un plan de financiación de las políticas de prevención y tratamiento de las posibles adicciones, en sustitución de las políticas restrictivas aplicadas en el mercado.

3. EL MERCADO DEL JUEGO EN ESPAÑA

En España la transición de la regulación¹² del mercado del juego no se realizó estableciendo unas bases sólidas, ya que tras su des-

¹² No es objetivo de este artículo hacer una revisión histórica de la legislación sobre el juego pero como señala Crespo de Lara: “la legislación más antigua española referente al juego, que son las leyes de Partida (pues ni el Fuero Juzgo, ni el fuero Real, ni el viejo, tratan nada acerca de él), se ha inspirado en el Derecho romano: y así como éste el código Justiniano no daba acción para reclamar los hurtos o robos que acaecieren en las casas de juego, en la ley 6ª, tít. XIV, Part. 7ª, se observa análogo criterio, y así como en la ley 2ª, tít. V, lib. II del Digesto se permitían los juegos de palestra, en la ley 40 del Ordenamiento de las Tafurerías, se autorizan también varios juegos, como las tablas, ballesta, dardo, texuelo, etc., por contribuir al desarrollo y destreza del hombre.”

penalización en 1977¹³ se pasó a un proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas de esta competencia, provocando una dispersión normativa y una lógica falta de coordinación territorial, que más adelante se muestra. Y hoy en día las empresas dedicadas a la práctica del juego tienen un papel cuantitativamente relevante en la formación del PIB.

El crecimiento del peso del sector del juego se ha puesto de manifiesto en los últimos años a través de las cantidades destinadas a las apuestas, como se indica en el cuadro de más abajo.

CANTIDADES JUGADAS. DIVERSOS INDICADORES (MILL. €)

	Indicador	2019	2020	2021	2022	2023
Total juego real (presencial y online)		31.484	21.147	28.697	32.087	33.847
Juego presencial		29.288	18.672	25.700	28.534	29.786
- Loterías (+ apuestas mutuas SELAE)		11.623	9.388	11.606	12.209	12.672
- SELAE		9.257	7.687	9.399	9.687	9.956
- Lotería Nacional	Ventas	5.390	4.589	5.495	5.734	5.952
- Loterías primitivas	Ventas	3.660	2.948	3.696	3.801	3.828
- Apuestas mutuas deportivas	Ventas	207	150	168	151	176
- ONCE		2.255	1.615	2.150	2.426	2.624
- Cupones (total)	Ventas	1.329	891	1.204	1.259	1.316
- Loterías instantáneas	Ventas	689	529	750	832	914
- Juegos activos	Ventas	237	196	196	335	394
- Loterías de Catalunya	Ventas	77	55	63	61	57
- Sorteo de la Cruz Roja	Ventas	34	30	34	35	36
- Juegos de entretenimiento		17.665	9.284	14.093	16.325	17.114
- Casinos	DROP+Coin in	1.784	752	1.009	1.775	1.983
- Bingos (Juego del bingo)	Ventas	2.081	1.110	1.323	1.917	1.985
- Salones	Coin in	3.144	1.739	2.548	2.936	3.062
- Máquinas "B" en bingos y otros	Coin in	325	162	206	309	375
- Apuestas presenciales	Apuestas	2.005	1.266	1.616	1.964	2.055
- Hostelería	Coin in	8.319	4.252	7.386	7.419	7.649
- Apuestas internac en hipódromos	Apuestas	6	3	6	5	6
Juego online		2.196	2.475	2.997	3.553	4.060
- Regulado por el Estado	Handle	1.977	2.278	2.771	3.316	3.829
- Regulado por las Comunidades (GGR)	Apuestas	218	197	226	238	231
- Apuestas	Apuestas	218	197	226	238	231

Las cifras han sufrido alguna alteración en relación con ediciones anteriores por depuración de los datos.
Fuentes: Ver los capítulos correspondientes.

Fuente: Ministerio de Consumo. Dirección General de Ordenación del juego (2024)

Desde 2013 se ha producido un ascenso continuo del importe destinado al juego. Alcanzándose en 2023 una cifra de 33.847.000

¹³ La despenalización parcial del juego en España se llevó a cabo a través del Real Decreto- Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos Penales, Administrativos y Fiscales de los Juegos de Suerte, Envite o Azar, y Apuestas. La posterior modificación del RD-Ley se realizó a través de la aprobación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, a través de la que dejaba sin contenido el Título VI, Libro II "De los juegos ilícitos".

Durante 2023 de forma presencial el 17,9% de los residentes en España jugó algún tipo de juego de entretenimiento es decir 6,3 millones de personas; y el 85,5%, de los residentes entre 18 y 75 años, es decir 29,6 millones de personas jugaron juegos de ilusión, es decir, loterías nacionales, primitivas, juegos de la ONCE o la Quiniela.

El gasto por habitante en juego de la suerte (SELAE y ONCE) en 2023 fue de 144,5 € por habitante y en juego de entretenimiento de 165,5€.

A modo de ejemplo, en 2023 jugaron el Gordo de Navidad 25,9 millones de personas con un gasto medio de 128,2€ por jugador (Fuente CEJUEGO Anuario 2023 “Actitudes y hábitos de los españoles sobre el juego”).

De igual modo el juego on line, en 2023 experimento crecimiento, aunque siga desenvolviéndose en porcentajes de población limitados: jugaron una media de 789.049 personas cada mes (es decir el 2,3% de la población entre 18 y 75 años); y jugaron alguna vez durante el año 1.637.831 personas, (es decir el 4,7% de dicha población).

Este crecimiento del desarrollo del sector del juego ha provocado el interés de múltiples operadoras por instalarse en España. De hecho, en la actualidad operan 78 empresas con licencia, cuya explotación se centra en el juego de azar, y además pueden contar con más de un sitio web, diferenciados por las características del entretenimiento elegido. En su mayoría ofrecen juegos de casino (49) y de apuestas (43). La oferta de juego de entretenimiento se concreta en 56 casinos (con diferentes calificaciones administrativas) y salas, 327 bingos, y 3.600 salones de juego; junto con una oferta de 108.280 bares con máquinas recreativas B (estos últimos en descenso en los últimos años).

En 2023 el juego real ascendió a 11.045 Mill, un 6,6% mas que en 2022; y el juego online se incremento en un 28,4% (medido según GGR de los operadores) o un 29,4% (medido según diferencia entre cantidades depositadas y retiradas); un ascenso de 1.269 Mill.

Los dos operadores públicos muestran crecimientos interanuales del 3,5% en el caso de SELAE y del 8,3% en el caso de la ONCE. Apoyados en 2 productos estrella: la Lotería de Navidad y los juegos activos y los Rascas. (Fuente CEJUEGO Anuario 2024)

El otorgamiento de la licencia lo realiza la Dirección General del Ordenamiento del Juego (DGOJ)¹⁴ y habilita a la compañía para la

¹⁴ El interesado podrá solicitar la apertura de este concurso una vez transcurridos 18 meses desde el último, a continuación, la DGOJ deberá iniciar el proceso en

explotación de actividades de juego, por un período limitado, y se dividen las actividades en tres modalidades: apuestas, concursos y otros juegos. Los principios bajo los que se concede esta licencia son: igualdad, publicidad, concurrencia, transparencia, objetividad y no discriminación, y se encuentran expuestos en el pliego de bases por las que se rige la convocatoria correspondiente en el proceso de otorgamiento de la licencia exige la creación de un marco de gestión responsable del juego, para el cual es imprescindible que se garanticen una serie de comprobaciones que garanticen que el operador cumple con los requisitos jurídicos, económicos y técnicos; así como derechos y obligaciones a los que se encuentran sujetos. La compañía debe cumplir una serie de requisitos jurídicos, económicos y técnicos, que se exponen a continuación.

Las exigencias jurídicas que deben cumplirse pueden sintetizarse en los siguientes:

- I. Constitución como Sociedad Anónima o análoga a esta dentro del Espacio Económico Europeo.
- II. Objeto social de la compañía exclusivo para organización, comercialización y explotación de juegos.
- III. Capital social mínimo, total y desembolsado de 100.000 euros para actividades de apuesta y otros juegos o 60.000 euros para variantes de concursos.
- IV. Inscripción en Registro Mercantil o equivalente si se tratase de sociedad extranjera
- V. Inscripción en Sección Especial de Concurrentes del Registro General de Licencias de Juego
- VI. No incurrir en ninguna de las circunstancias previstas en el art. 13.2. de la ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, relacionadas con mala praxis o impago.

Respecto a los requisitos económicos, la entidad deberá presentar:

- I. Declaraciones de solvencia de la sociedad.
- II. Cuentas anuales presentadas en Registro Mercantil.

un plazo no superior a 6 meses. Su duración es de 10 años con opción de prórroga por el mismo tiempo. Con posterioridad, se deberá solicitar una licencia singular; solo los operadores que posean la primera, podrán solicitar la segunda. Esta habilita al desarrollo de cada uno de los tipos de juego regulados, y su duración mínima es de 1 año y medio, y máxima de 5. Perder la licencia general, supondrá la extinción de las singulares asociadas.

III. Certificación relacionada con el volumen de negocios durante los últimos tres ejercicios

IV. Descripción del origen de fondos, tanto propios como relacionados con financiación.

En cuanto a los requisitos técnicos, la entidad deberá presentar:

I. Organigrama de personal técnico.

II. Experiencia profesional de sus directivos.

III. Informe sobre la plantilla media anual de la compañía durante los tres últimos años.

IV. Declaración informando sobre los sistemas técnicos en su poder durante el desarrollo de la actividad

V. Descripción de instalaciones y medidas que garanticen la seguridad y calidad del servicio.

En el plazo de 6 meses, desde el momento en el que se presentó la solicitud, el titular de la Dirección General de Ordenación del juego deberá dictar una Resolución, que será notificada al solicitante en los diez días siguientes a la adopción de la decisión. Esta decisión se publicitará en la página web de la Dirección General del Juego y, si transcurrido el plazo, no hay respuesta, la solicitud se entenderá estimada por silencio positivo.

3.1. Distribución territorial del juego en España

A pesar de la organización territorial prevista en la Constitución, en la que algunas de las competencias se han transferido a las Comunidades Autónomas, la Carta Magna en su artículo 148.1 nada dice sobre las atribuciones referidas a los juegos de azar y apuestas. Pero es que los 32 apartados del artículo 149.1 tampoco atribuyen las competencias de juego como exclusivas del Estado. Es por tanto, necesario acudir a la referencia residual por la que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas las materias no atribuidas expresamente al Estado. Y, al margen de la vía por la que las regiones accedieron al régimen autonómico (artículo 151, las denominadas nacionalidades históricas, o artículo 143) todas ellas llegaron al mismo grado de desarrollo competencial, incluyendo en sus Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva en materia de juego, exclusión hecha de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas. En el ámbito estatal es la Ley Orgánica 9/1992 la que en el artículo 7 reserva para el Estado las com-

petencias sobre las Loterías Nacionales y juegos de su ámbito. Y esto se deduce del análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 163/1994, de 26 de mayo¹⁵ de la que puede inferirse que el Estado no tiene por qué quedar al margen de la actividad de juego, pues aunque sea una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas esto no es óbice para considerar que la Administración Central no puede tener competencia en estas actividades. Y en concreto, se le atribuye el monopolio fiscal de loterías y ONCE, pues su establecimiento es expresión del poder financiero del Estado, cuyos ingresos públicos, gestión y explotación del juego de la Lotería, corresponden a la Administración del Estado en todo el territorio nacional. En definitiva, las Comunidades Autónomas pueden celebrar en sus respectivos territorios sorteos de lotería, en virtud de la atribución exclusiva sobre juegos y apuestas que estén previstos en sus Estatutos de Autonomía, y esto no excluye al Estado de esta actividad referida tanto a la Lotería Nacional, así como a todo tipo de juegos con independencia de su denominación: Primitiva, Bono-Loto,...En la actualidad, según datos de la Dirección General de Ordenación del Juego (2023), son competencia estatal: los juegos de azar online del ámbito estatal (apuestas, juegos de casino, póquer, máquinas de azar y bingo) y concursos. Respecto a los juegos presenciales de competencia autonómica, les corresponden; los juegos de casino, bingo, máquinas de juego y azar, así como apuestas, juegos online autonómicos, loterías de ámbito autonómico y otros juegos de carácter tradicional.

3.2. Datos sobre el consumo de juego. Tipología del juego: canal off line y canal online. Aportación al PIB por parte del sector de juego

El Anuario del Juego en España (2024) nos facilita una serie de datos que aportan el conocimiento de la realidad de las actividades de entretenimiento en el ámbito nacional. Según estas cifras, en 2023 el juego real (diferencia entre las cantidades jugadas y premios concedidos) fue de 11.045 millones de euros, lo que supone que el gasto real de los juegos representa el 0,74% del PIB. (0,34% corresponde a juegos de la suerte y apuestas mutuas de SELAE y ONCE y 0,40% a juego de entretenimiento). Estamos, por tanto, ante una actividad muy lucrativa, no sólo para los empresarios del sector, sino para la Admi-

¹⁵ Que resolvió el Conflicto positivo de competencia 957/1985, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con el artículo 2 del RD 904/1985, de 11 de junio, por el que se constituye el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.

nistración que, por la vía impositiva recauda más de 1.194 millones de euros en 2023 (1.031 en juego presencial y 163,7 en juego on line).

En los últimos años se está produciendo una reconversión en el juego de entretenimiento de los operadores privados hacia un incremento del juego online, las apuestas y los salones de juego, en detrimento del juego realizado en las máquinas de hostelería. La recaudación procedente del juego online ha crecido de manera constante a lo largo de los últimos años, (dejando al margen los datos relativos a SELAE y a ONCE) ha sido de más de 163 millones. El juego on line ha crecido casi un 30% entre 2022 y 2023; 39,76% lo representan apuestas deportivas, 27,93% los juegos de casino (Poquer 8,5% y el resto de juegos de casino como ruleta, Black Jack y juegos complementarios el 19,42%)

Los principales incrementos producidos en 2023 respecto al 2022 se han dado en la ruleta en vivo (25,71%), y las apuestas deportivas e hípicas, que han crecido un 36,65% respecto al año anterior.

No obstante, la fragmentación del sector es la característica fundamental de la organización empresarial del mercado del juego, lo que se refleja en la dispersión de las empresas en varias patronales sectoriales a escala nacional. Las grandes compañías constituyen el Consejo Empresarial del juego (CEJUEGO) y, por su parte el sector de las loterías cuenta con tres asociaciones de empresarios de puntos de venta de SELAE. Por debajo de las confederaciones nacionales conviven varias asociaciones provinciales en la misma comunidad, llegando a contarse más de cien asociaciones empresariales.¹⁶ Así que, a la dispersión normativa hay que añadir la diversidad asociativa que existe en el sector, para estar en disposición de entender la dificultad que entraña la armonización económica, normativa y administrativa de un mercado que aporta el 0,74%% al Producto Interior Bruto español (0,34% juegos de suerte y apuestas mutuas de SELAE y ONCE y 0,40% juego de entretenimiento)

4. IMPOSICIÓN SOBRE EL JUEGO EN ESPAÑA

En el mismo sentido que lo apuntado anteriormente, la normativa fiscal aplicable en España es extraordinariamente compleja tanto por su constante cambio como por su heterogeneidad territorial. En los anexos pueden comprobarse las cifras concretas de la recaudación impositiva sobre el juego, que roza (solo en impuestos sobre el jue-

¹⁶ Anuario del juego en España 2024.

go) los mil doscientos millones de euros (a los que habría que sumar otros casi 600 millones en impuestos comunes soportados por dichas empresas privadas de juego). La fiscalidad del juego en España recae tanto sobre las empresas como sobre los premiados, y para su correcta aplicación hay que tener en consideración tanto la normativa estatal como la autonómica, como más adelante se expone.

Gravámenes que afectan a las empresas:

Las entidades¹⁷ que explotan una actividad de juego deben tributar por los impuestos, comunes a todas las empresas que realizan actividades económicas, y están sujetas a los impuestos estatales: Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según la forma mercantil adoptada. Y al IVA que, en el caso de los rendimientos procedentes de las máquinas y apuestas de hostelería se les aplica el régimen simplificado. Están exentos del IVA todos los juegos sujetos a los tributos sobre el juego y combinaciones aleatorias, casino, bingos, máquinas tragaperras¹⁸, ...En el ámbito municipal están sujetas al IAE, IBI y licencia de apertura de locales.

Respecto a los tributos que deben satisfacer por la realización de la actividad de juego, existen tasas estatales sobre el juego, que recaen sobre las apuestas de SELAE (Quiniela, Quinigol y Quintuple Plus), tasa sobre los márgenes empresariales en juego online y la tasa de gestión administrativa para la regulación de la actividad del juego.

Las Comunidades Autónomas¹⁹, por su parte gravan el juego presencial en: casinos, bingos, máquinas de juego, apuestas deportivas e hípicas y rifas y tómbolas. Y sobre el juego online, gravan con los impuestos sobre los márgenes de las empresas de juego online en su territorio y los recargos sobre la tasa sobre el juego online por el Estado.

¹⁷ SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE, *Tributación de las máquinas de juego: aspectos relevantes*. Tirant lo Blanch, 2020 hace un repaso a la forma de tributación de la recaudación generada por las máquinas recreativas y los juegos de azar, así como de los recargos autonómicos y el Impuesto sobre Actividades de Juego, como gravamen de la actividad del juego realizada por medios telemáticos.

¹⁸ Según establece el artículo 20.1 de la Ley 37/1992, las máquinas tragaperras sólo están exentas en una parte, ya que las máquinas Tipo A, que no dan premios en metálico están sujetas a IVA y las máquinas tipo B y C; que sí generan premios en metálico están exentas de IVA, con una exención limitada. Esta exención impide que se pueda repercutir las cuotas de IVA al usuario y el empresario del juego no se puede deducir las cuotas de IVA soportado de sus adquisiciones, convirtiéndose el impuesto en un coste añadido a la prestación del servicio.

¹⁹ Para un análisis retrospectivo de la normativa autonómica sobre el juego consultar Manzano Silva (2005).

Por otra parte, los premiados soportan gravámenes estatales sobre los premios de loterías y apuestas de SELAE, así como la tributación que corresponda en el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades por las ganancias patrimoniales, derivadas del juego. En el ámbito autonómico algunas Comunidades Autónomas como Asturias, Murcia o Pamplona cuentan con impuestos a los premios de bingo.

La fiscalidad que afecta al mercado del juego es absolutamente heterogénea, pues mientras el operador público SELAE no aplica los tributos que sí afectan al resto de los juegos, sí somete a gravamen las apuestas deportivas, según establece la Ley 13/2011 de 27 de mayo, de Regulación del Juego.

Es evidente que la tributación sobre el juego no es neutral, ya que la mayor o menor carga impositiva que los sujetos tengan que soportar hará que las empresas se localicen en un territorio o en otro. Así, la Ley 6/2018 facilitó que Ceuta y Melilla fueran territorios especialmente atractivos para la realización de apuestas presenciales, ya que reducía la carga fiscal en un 50%.

Como se puede comprobar del análisis de datos mostrados en los anexos, la recaudación de la tasa sobre el juego supera los mil millones de euros todos los años desde 2013 (1039 millones) y en el año 2024 se situó en 1.194 millones de euros en todo el país. La evolución seguida desde 2014 (1000 millones) ha sido creciente todos los años, habiendo experimentado un crecimiento del 19,4% entre 2013 y 2023.

La representatividad de las Comunidades, en lo que a recaudación de la tasa se refiere, es muy dispar, siendo Cataluña la región que recauda el 19,64% del total nacional (más de 204 millones en 2023), seguida de Valencia que en 2023 recaudó casi 149 millones de euros (14,33% del total), Andalucía contó con casi 129 millones (12,41%) y Madrid, donde se recaudaron casi 131 millones de euros (12,6%).

5. MEDIDAS ADOPTADAS SOBRE EL SECTOR DEL JUEGO ONLINE CON MOTIVO DE LA CRISIS DE LA PANDEMIA COVID-19

En 2020 el Gobierno de España, en relación con el sector del juego, aprobó el Real Decreto ley 11/2020, de 31 de marzo, el cual contenía medidas sobre la publicidad y promoción de los juegos de azar en el ámbito estatal.

Tuvieron un impacto especialmente en el sector del juego online, ya que, de acuerdo con el artículo 37 se establecieron medidas restric-

tivas a las comunicaciones comerciales de las entidades que realicen una actividad de juego. De manera que se prohibieron las comunicaciones comerciales que, de forma implícita o expresa, hagan referencia a la situación de excepcionalidad que deriva de la enfermedad COVID-19 o interpielen al consumo de actividades de juego en este contexto. En concreto se limitaron las siguientes actividades:

- Actividades de promoción dirigidas a la captación de nuevos clientes o de fidelización de clientes existentes que recojan cuantías económicas, bonos, bonificaciones, descuentos, regalos de apuestas o partidas, multiplicadores de cuotas o premios o cualquier otro mecanismo similar.
- Emisión de comunicaciones comerciales en los servicios de comunicación audiovisual.
- Emisión de comunicaciones comerciales que se comercialicen, vendan u organicen por prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas definidos.
- Emisión de comunicaciones comerciales en servicios de la sociedad de la información incluidas comunicaciones individualizadas en correos electrónicos o medios equivalentes y redes sociales. Se tipificaron como infracciones graves el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones y se materializan las sanciones en la suspensión de la actividad por un plazo de seis meses y una multa pecuniaria que oscila entre los 100.000 y un millón de euros.

La vigencia de este Decreto se prolongó durante todo el estado de alarma y obligó a las empresas a adoptar las siguientes medidas:

1. Eliminación o bloqueo de bonos de bienvenida o fidelización.
2. Eliminación o bloqueo de Programas de Recompensa.
3. Cancelación de ofertas especiales, promociones
4. Modificación de los interfaces de los webs, de forma que aparezcan sin animaciones, anuncios,...
5. Se realizaron cambios en la comunicación en las redes sociales de los operadores.
6. Se suspendió cualquier comunicación comercial en cualquier medio o plataforma digital.
7. Algunas webs suspendieron temporalmente el acceso a su sitio y otras no publicaron ningún contenido promocional, publicitario o que fomente las actividades de juego.

En este sentido, debe hacerse mención al malestar existente entre los operadores de juego privado respecto al juego público por la diferencia de trato que viene existiendo en relación con los horarios de publicidad; mientras a los primeros se les circunscribe a horarios nocturnos, el juego público (ejemplo el rasca de la ONCE) copa horarios de radio matutinos sin restricción alguna. Del mismo modo que la totalidad de los deportes olímpicos parecen estar bloqueados exclusivamente para la Lotería Nacional.

De hecho, parece un hecho irrefutable que loterías, primitiva y bonoloto, loterías instantáneas (rascas) y quinielas (todos ellos de titularidad pública) son los juegos más practicados por jugadores que pueden sufrir juego problemático y por menores (aun estando prohibido para ellos)

6. CONCLUSIONES

1. Naturaleza del juego y la intervención del Sector Público

- Desde una perspectiva hacendística, el juego cumple las características de un bien privado.
- Para ciertos sectores de la población, como menores y personas afectadas por ludopatía, debe ser tratado como un bien prohibido.
- La intervención del Sector Público es necesaria para regular el mercado y mitigar sus efectos negativos.

2. Estrategias de intervención pública

- La regulación es la principal vía de intervención, aunque puede generar mercados negros con efectos negativos.
- La imposición de tributos sobre el juego es ineficaz para reducir el consumo, debido a la inelasticidad de su demanda.
- A pesar de su ineficacia para disminuir la demanda, la estructura fiscal española contempla una tasa sobre el juego como fuente de ingresos para las Comunidades Autónomas.

3. Limitaciones en la regulación del juego

- Existe una clara intención por parte de la Administración Pública Estatal de limitar la actividad del juego, principalmente a través de restricciones a la publicidad y regulación del juego online.

- No hay una directriz nacional unificada para abordar los efectos adversos del juego.
- Algunas Comunidades Autónomas han legislado para destinar parte de la recaudación de la tasa sobre el juego a la prevención y rehabilitación de la ludopatía.

4. Heterogeneidad del mercado del juego

- El mercado es diverso en cuanto a operadores y regulaciones según el territorio.
- Esta diversidad dificulta la implementación de un tratamiento homogéneo a nivel nacional.

5. Eficacia de las limitaciones nacionales en un mundo globalizado

- Las restricciones nacionales pierden eficacia en un contexto globalizado donde los operadores y jugadores actúan a través de la red.
- A pesar de ello, el Sector Público debe establecer normativas para minimizar los riesgos de conductas adictivas, sin limitar la libertad de quienes juegan de manera responsable.
- Se requiere una normativa protectora para menores y personas con ludopatía, similar a la regulación existente para el consumo de tabaco y alcohol.

6. Impacto fiscal de los tributos sobre el juego

- La imposición de tributos no es una estrategia efectiva para reducir el consumo del juego debido a la inelasticidad de su demanda.
- Sin embargo, los ingresos derivados de estos tributos generan importantes beneficios para el Sector Público.

En conclusión, la regulación del juego en España debería equilibrar la protección de los consumidores vulnerables con la libertad individual y la rentabilidad económica del sector, asegurando una gestión eficaz de los impactos sociales y fiscales del juego.

7. BIBLIOGRAFÍA

Consejo Empresarial del Juego. CE-JUEGO: *Anuario del Juego en España. Cifras y datos socio-económicos*. Universidad Carlos III de Madrid. UC3M, 2019.

Crespo de Lara, Felipe, *Los juegos ilícitos ante las leyes vigentes, la crítica y la democracia por un ex-diputado a Cortes*, Imprenta de los hijos de Gómez Fuentenebro, Madrid, 1912.

Manzano Silva, M.E. “Aproximación a la tributación autonómica sobre el juego” *Nueva Fiscalidad*, nº11, 2005, págs. 81-134

Martiñon Quintero, Ruth y Wences Simon, Isabel, “Políticas morales y juegos de azar”, *Seis cuestiones sobre el Juego de Azar*, Cases Méndez, J.I. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Ministerio de Consumo. *Memoria Anual 2019 de la Dirección General de Ordenación del Juego*. 2020 Disponible en: Memoria anual | Dirección General de Ordenación del Juego (ordenacionjuego.es) (enero 2021).

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. *Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionado por las CC.AA de Régimen Común*. 2014 RECAUDACIÓN POR TRIBUTOS CEDIDOS (hacienda.gob.es) (diciembre 2020).

Suberbiola Garbizu, Irune, *Tributación de las máquinas de juego: aspectos relevantes*. Tirant lo Blanch, 2020.

Zamora Manzano, José Luis: *La regulación jurídico-administrativa del juego en el derecho romano y su proyección en el derecho moderno*, Dykinson, Madrid, 2011.

Webgrafía

<https://economipedia.com/definiciones/ronald-coase.html> (diciembre 2020).

https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/dinero/retirada-publicidad-sector-juego-provocara-cierre-pequenas-webs-apuestas/20210924113048278807.html?utm_medium=email&utm_source=Newsletter&utm_campaign=20210927&utm_term=La%20retirada%20de%20la%20publicidad%20del%20juego%20provocar%5Cu00E1%20el%20cierre%20de%20las%20peque%5Cu00F1as%20webs%20de%20apuestas&utm_content=email (diciembre 2021)

<https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-mas-medio-millon-ludopatas-espana-15-64-anos-estan-diagnosticar-20210518173521.html> (enero 2022)

8. ANEXOS

Tributos cedidos y gestionados por las CC.AA de Régimen Común. Recaudación obtenida, por Capítulos y Conceptos. Ingresos 2022 respecto al 2021 (miles de euros)

Concepto	Recaudación		Variación		Porcentaje sobre el total	
	2.022	2.021	Absoluta	En porcentaje		
Patrimonio	1.432.224	1.244.533	187.691	15,1	8,2	7,9
Sucesiones y Donaciones	3.180.693	3.210.158	-29.465	-0,9	18,1	20,3
Capítulo I	4.612.917	4.454.691	158.226	3,6	26,3	28,2
Transmisiones Patrimoniales	9.196.102	7.956.130	1.239.972	15,6	52,5	50,4
- Gestión Directa	9.196.020	7.956.023	1.239.997	15,6	52,5	50,4
- Efectos Timbrados	82	107	-25	-23,4	0,0	0,0
Actos Jurídicos Documentados	2.837.284	2.545.771	291.513	11,5	16,2	16,1
- Gestión Directa	2.816.170	2.525.871	290.299	11,5	16,1	16,0
- Efectos Timbrados	21.114	19.900	1.214	6,1	0,1	0,1
Impuestos Indirectos extinguidos	6	6	0	0,0	0,0	0,0
Capítulo II	12.033.392	10.501.907	1.531.485	14,6	68,6	66,5
Tasas sobre el Juego	974.371	771.101	203.270	26,4	5,6	4,9
Capítulo III	974.371	771.101	203.270	26,4	5,6	4,9
Ingresos aplicados	17.620.680	15.727.699	1.892.981	12,0	100,5	99,6
Variación Pendiente de aplicar *	-88.480	61.159	-149.639	-244,7	-0,5	0,4
Total recaudación	17.532.200	15.788.858	1.743.342	11,0	100,0	100,0

Tributos cedidos: recaudación por Comunidades Autónomas. Ingresos 2022 respecto al 2021 (miles de euros)

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% Total Comunidad		% Total Comunidades	
	2.022	2.021	Absoluta	En porcentaje	2.022	2.021	2.022	2.021
Andalucía	1.976.588	1.779.739	196.829	11,1	100,0	100,0	16,4	16,9
Almería	145.937	140.292	5.645	4,0	7,4	7,9	1,2	1,3
Cádiz	245.331	231.505	13.826	6,0	12,4	13,0	2,0	2,2
Córdoba	93.875	98.243	-4.368	-4,4	4,7	5,5	0,8	0,9
Granada	159.863	146.954	12.909	8,8	8,1	8,3	1,3	1,4
Huelva	81.901	81.875	26	0,0	4,1	4,6	0,7	0,8
Jaén	61.919	64.738	-2.819	-4,4	3,1	3,6	0,5	0,6
Málaga	899.216	713.895	185.321	26,0	45,5	40,1	7,5	6,8
Sevilla	284.686	298.760	-14.074	-4,7	14,4	16,8	2,4	2,8
Servicios Centrales	3.860	3.497	363	10,4	0,2	0,2	0,0	0,0
Aragón	245.953	224.947	21.006	9,3	100,0	100,0	2,0	2,1
Huesca	46.727	43.385	3.342	7,7	19,0	19,3	0,4	0,4
Teruel	17.516	14.512	3.004	20,7	7,1	6,5	0,1	0,1
Zaragoza	181.710	167.050	14.660	8,8	73,9	74,3	1,5	1,6
Asturias	168.497	154.492	14.005	9,1	100,0	100,0	1,4	1,5
Oviedo	168.497	154.492	14.005	9,1	100,0	100,0	1,4	1,5
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	990.342	803.312	187.030	23,3	100,0	100,0	8,2	7,6
Baleares	990.342	803.312	187.030	23,3	100,0	100,0	8,2	7,6
Canarias	424.214	399.558	14.656	37,0	100,0	100,0	3,5	2,9
Las Palmas	238.725	174.296	64.429	37,0	56,3	56,3	2,0	1,7
S. C. de Tenerife	184.819	134.487	50.332	37,3	43,5	43,4	1,5	1,3
Servicios Centrales	870	775	95	12,3	0,2	0,3	0,0	0,0
Cantabria	175.391	158.350	17.041	10,8	100,0	100,0	1,5	1,5
Cantabria	175.391	158.350	17.041	10,8	100,0	100,0	1,5	1,5
Castilla León	373.415	335.231	38.184	11,4	100,0	100,0	3,1	3,2
Ávila	30.780	24.108	6.672	27,7	8,2	7,2	0,3	0,2
Burgos	70.541	56.920	13.621	23,9	18,9	17,0	0,6	0,5
León	53.610	47.492	6.118	12,9	14,4	14,2	0,4	0,5
Palencia	20.746	20.720	26	0,1	5,6	6,2	0,2	0,2
Salamanca	54.438	45.467	8.971	19,7	14,6	13,6	0,5	0,4
Segovia	33.440	31.182	2.258	7,2	9,0	9,3	0,3	0,3
Soria	14.542	12.166	2.376	19,5	3,9	3,6	0,1	0,1
Valladolid	74.600	80.337	-5.737	-7,1	20,0	24,0	0,6	0,8
Zamora	20.710	16.039	3.679	23,0	5,5	5,0	0,2	0,2
Castilla la Mancha	379.506	371.351	8.235	2,2	100,0	100,0	3,2	3,5
Albacete	59.215	56.235	2.980	5,3	15,8	15,1	0,5	0,5
Ciudad Real	66.221	63.348	4.873	7,7	18,0	17,1	0,6	0,6
Cuenca	30.194	28.805	1.389	4,8	8,0	7,8	0,3	0,3
Guadalajara	74.495	82.945	-8.450	-10,2	19,6	22,3	0,6	0,8
Toledo	146.519	139.075	7.444	5,4	38,6	37,5	1,2	1,3
Servicios Centrales	942	943	-1	-0,1	0,2	0,3	0,0	0,0
Cataluña	2.870.552	2.526.037	344.515	13,6	100,0	100,0	23,9	24,1
Barcelona	2.866.664	2.522.446	344.218	13,6	99,9	99,9	23,8	24,0
Girona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Lleida	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Tarragona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Servicios Centrales	3.888	3.591	297	8,3	0,1	0,1	0,0	0,0
Extremadura	131.732	132.135	-403	-0,3	100,0	100,0	1,1	1,3
Badajoz	64.171	61.941	2.230	3,6	48,7	46,9	0,5	0,6
Cáceres	50.460	47.481	2.979	6,3	38,3	35,9	0,4	0,5
Mérida	17.101	22.713	-5.612	-24,7	13,0	17,2	0,1	0,2
Galicia	354.168	334.188	19.980	6,0	100,0	100,0	2,9	3,2
A Coruña	151.865	150.408	1.457	1,0	42,9	45,0	1,3	1,4
Lugo	32.875	30.469	2.406	7,9	9,3	9,1	0,3	0,3
Ourense	24.890	22.715	2.175	9,6	7,0	6,8	0,2	0,2
Pontevedra	56.186	48.595	7.591	15,6	15,9	14,5	0,5	0,5
Vigo	88.352	82.001	6.351	7,7	24,9	24,5	0,7	0,8
Madrid	1.840.967	1.631.274	209.693	12,9	100,0	100,0	15,3	15,5
Madrid	1.840.967	1.631.274	209.693	12,9	100,0	100,0	15,3	15,5
Murcia	200.424	244.745	-55.679	-14,6	100,0	100,0	2,3	2,3
Murcia	176.008	159.911	16.097	10,1	62,8	65,3	1,5	1,5
Cartagena	104.416	84.834	19.582	23,1	37,2	34,7	0,9	0,8
La Rioja	51.284	45.969	5.315	11,6	100,0	100,0	0,4	0,4
La Rioja	51.284	45.969	5.315	11,6	100,0	100,0	0,4	0,4
Valencia	1.770.779	1.450.559	319.720	22,0	100,0	100,0	14,7	13,8
Alicante	934.026	693.994	240.032	34,6	52,8	47,8	7,8	6,6
Castellón	151.654	146.463	5.191	3,5	8,6	10,1	1,3	1,4
Valencia	682.006	607.565	74.441	12,3	38,5	41,9	5,7	5,8
Servicios Centrales	2.593	2.537	56	2,2	0,1	0,2	0,0	0,0
Total	12.033.392	10.501.907	1.531.485	14,6	—	—	100,0	100,0

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% Total Comunidad		% Total Comunidades	
	2.022	2.021	Absoluta	En porcentaje	2.022	2.021	2.022	2.021
Andalucía	115.293	99.489	24.804	27,4	100,0	100,0	11,8	11,7
Almería	10.494	9.020	1.466	15,2	9,1	10,0	1,1	1,2
Cádiz	16.260	12.554	3.706	29,5	14,1	13,9	1,7	1,6
Córdoba	8.038	7.557	481	6,4	7,0	8,4	0,8	1,0
Granada	9.120	7.914	1.206	15,2	7,9	8,7	0,9	1,0
Huelva	8.055	6.265	1.790	28,6	7,0	6,9	0,8	0,8
Jaén	6.273	5.235	1.038	19,8	5,4	5,8	0,6	0,7
Málaga	28.575	20.759	7.816	37,7	24,8	22,9	2,9	2,7
Sevilla	28.478	21.177	7.301	34,5	24,7	23,4	2,9	2,7
Servicios Centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Aragón	38.505	29.607	8.898	30,1	100,0	100,0	4,0	3,8
Huesca	4.575	3.656	919	25,1	11,9	12,3	0,5	0,5
Teruel	2.352	1.855	497	26,8	6,1	6,3	0,2	0,2
Zaragoza	31.578	24.096	7.482	31,1	82,0	81,4	3,2	3,1
Asturias	22.006	14.905	7.101	47,6	100,0	100,0	2,3	1,9
Oviedo	22.006	14.905	7.101	47,6	100,0	100,0	2,3	1,9
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	28.928	20.350	8.578	42,2	100,0	100,0	3,0	2,6
Baleares	28.928	20.350	8.578	42,2	100,0	100,0	3,0	2,6
Canarias	54.238	38.823	15.415	39,7	100,0	100,0	5,6	5,0
Las Palmas	33.676	22.739	10.937	48,1	62,1	58,6	3,5	2,9
S. C. de Tenerife	20.562	16.084	4.478	27,8	37,9	41,4	2,1	2,1
Servicios Centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cantabria	14.550	11.350	3.200	28,2	100,0	100,0	1,5	1,5
Cantabria	14.550	11.350	3.200	28,2	100,0	100,0	1,5	1,5
Castilla León	77.212	43.135	34.077	79,0	100,0	100,0	7,9	5,6
Ávila	3.440	2.296	1.144	49,8	4,5	5,3	0,4	0,3
Burgos	11.246	6.768	4.478	66,2	14,8	15,7	1,2	0,9
León	17.175	8.341	8.834	105,9	22,2	19,3	1,8	1,1
Palencia	4.802	3.817	985	25,8	6,2	8,8	0,5	0,5
Salamanca	9.483	5.839	3.644	62,4	12,3	13,5	1,0	0,8
Segovia	3.511	2.283	1.228	53,8	4,5	5,3	0,4	0,3
Soria	2.356	1.947	409	21,0	3,1	4,5	0,2	0,3
Valladolid	18.702	8.946	9.756	109,1	24,2	20,7	1,9	1,2
Zamora	6.497	2.898	3.599	124,2	8,4	6,7	0,7	0,4
Castilla la Mancha	29.900	32.972	-3.072	-9,3	100,0	100,0	3,1	4,3
Albacete	6.097	6.303	-206	-3,3	20,4	19,1	0,6	0,8
Ciudad Real	6.756	7.552	-796	-10,5	22,6	22,9	0,7	1,0
Cuenca	2.560	3.189	-629	-19,7	8,6	9,7	0,3	0,4
Guadalajara	2.590	3.033	-443	-14,6	8,7	9,2	0,3	0,4
Toledo	11.897	12.895	-998	-7,7	39,8	39,1	1,2	1,7
Servicios Centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cataluña	199.905	163.493	36.412	22,3	100,0	100,0	20,5	21,2
Barcelona	199.905	163.493	36.412	22,3	100,0	100,0	20,5	21,2
Girona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Lleida	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Tarragona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Servicios Centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Extremadura	22.216	19.982	2.234	11,2	100,0	100,0	2,3	2,6
Badajoz	12.154	11.286	868	7,7	54,7	56,5	1,2	1,5
Cáceres	7.442	6.551	891	13,6	33,5	32,8	0,8	0,8
Mérida	2.620	2.145	475	22,1	11,8	10,7	0,3	0,3
Galicia	48.909	34.128	14.781	43,3	100,0	100,0	5,0	4,4
A Coruña	48.909	34.128	14.781	43,3	100,0	100,0	5,0	4,4
Lugo	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Ourense	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Pontevedra	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Vigo	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Madrid	130.084	125.590	4.494	3,6	100,0	100,0	13,4	16,3
Madrid	130.084	125.590	4.494	3,6	100,0	100,0	13,4	16,3
Murcia	35.144	28.788	6.356	22,1	100,0	100,0	3,6	3,7
Murcia	33.672	27.571	6.101	22,1	95,8	95,8	3,5	3,6
Cartagena	1.472	1.217	255	21,0	4,2	4,2	0,2	0,2
La Rioja	8.380	7.163	1.217	17,0	100,0	100,0	0,9	0,9
La Rioja	8.380	7.163	1.217	17,0	100,0	100,0	0,9	0,9
Valencia	149.101	110.326	38.775	35,1	100,0	100,0	15,3	14,3
Alicante	55.769	41.547	14.222	34,2	37,4	37,7	5,7	5,4
Castellón	12.092	9.637	2.455	25,5	8,1	8,7	1,2	1,2
Valencia	81.240	59.142	22.098	37,4	54,5	53,6	8,3	7,7
Servicios Centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	974.371	771.101	203.270	26,4	—	—	100,0	100,0

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2023): *Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionado por las CC.AA de Régimen Común*. RECAUDACIÓN POR TRIBUTOS CEDIDOS (hacienda.gob.es)

Recaudación de los Impuestos Especiales sobre el juego regulados por CCAA (2019 a 2023)

Incluye impuestos sobre las empresas, los premios de bingo y en Navarra y País Vasco los impuestos sobre juego online y premios de lotería

Impuesto	2019	2020	2021	2022	2023
Andalucía	157.445.300	84.251.300	90.491.400	115.416.800	128.920.200
Casinos (juegos de casino)	11.398.700	5.936.300	3.314.000	11.599.300	11.026.800
Juego del bingo	28.509.900	6.690.000	9.093.700	9.915.000	9.796.300
Máquinas B y C	114.449.700	69.450.300	75.430.800	89.394.800	104.438.300
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	317.400	257.200	152.100	172.200	166.800
Apuestas deportivas	2.741.400	1.902.900	2.497.200	4.325.800	3.478.600
Apuestas hípcas	28.200	14.600	3.600	9.700	11.400
Aragón	39.455.174	19.320.669	27.389.851	37.540.202	32.009.389
Casinos (juegos de casino)	335.539	196.472	12.365	286.293	395.082
Juego del bingo	11.582.634	5.599.384	3.998.252	6.223.251	6.619.445
Máquinas B y C	25.684.081	12.571.279	22.076.632	29.293.346	23.229.584
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	711.301			41.950	
Apuestas deportivas	1.141.619	953.534	1.302.602	1.695.363	1.765.279
Asturias	25.392.868	19.660.900	15.797.142	24.290.991	24.688.705
Casinos (juegos de casino)	216.951	328.049	93.146	174.751	201.991
Juego del bingo	2.442.985	2.175.747	1.077.987	1.852.500	1.939.373
Máquinas B y C	19.983.525	15.473.171	13.370.883	19.561.734	19.688.921
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias					
Apuestas deportivas	504.762	289.202	390.468	593.006	624.628
Imp. sobre premios bingo	2.244.645	1.394.731	864.658	2.109.000	2.233.792
Baleares	32.345.144	22.430.582	20.005.686	29.156.848	29.129.461
Casinos (juegos de casino)	3.138.444	480.000	616.000	2.764.000	2.485.574
Juego del bingo	5.734.819	2.720.000	2.327.000	4.742.000	3.408.583
Máquinas B y C	22.753.263	18.682.000	16.606.000	20.889.000	22.235.909
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias		21.000	3.000	21.000	0
Apuestas deportivas	671.042	486.000	385.000	689.000	912.742
Apuestas hípcas	47.576	41.582	68.686	51.848	86.653
Canarias	56.768.116	37.954.681	38.829.406	54.237.643	55.170.796
Casinos (juegos de casino)	1.307.404	708.504	307.986	1.073.877	1.531.620
Juego del bingo	20.317.046	10.213.838	9.443.162	18.633.043	19.024.906
Máquinas B y C	33.013.357	25.311.687	26.796.564	31.872.074	31.744.866
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	185.411				
Apuestas deportivas	1.944.898	1.720.652	2.275.694	2.658.649	2.889.404
Cantabria	13.756.991	5.248.759	9.090.402	14.439.689	15.241.258
Casinos (juegos de casino)	232.748	165.775	109.804	202.556	186.390
Juego del bingo	1.078.294	341.121	318.989	592.313	614.204
Máquinas B y C	12.087.281	4.440.787	8.411.004	13.251.342	13.967.582
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	11.048	6.152	4.207	3.556	5.346
Apuestas deportivas	347.620	294.924	246.398	389.922	467.736
Castilla la Mancha	43.812.109	29.670.983	32.400.471	39.416.439	38.540.750
Casinos (juegos de casino)	841.161	720.926	653.616	954.387	775.642
Juego del bingo	2.676.530	1.183.585	1.473.505	1.909.351	1.429.283
Máquinas B y C	38.717.589	26.562.114	28.956.861	34.833.759	34.023.640
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	68.161	39.237	141.089	31.852	52.664
Apuestas deportivas	1.508.868	1.165.101	1.175.400	1.687.090	2.259.522
Castilla y León	59.596.570	31.753.570	57.087.810	64.772.220	52.771.060
Casinos (juegos de casino)	562.150	271.910	73.300	198.740	424.440
Juego del bingo	2.254.510	1.651.780	1.207.580	3.043.420	4.361.870
Máquinas B y C	55.382.680	28.902.910	54.807.940	59.631.290	46.379.770
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	60.770	7.840	3.030	5.320	16.290
Apuestas deportivas	1.336.460	919.130	995.960	1.893.450	1.588.710

Cataluña	225.068.676	94.733.727	160.901.722	200.611.008	204.075.667
Casinos (juegos de casino)	21.738.500	9.334.284	4.012.547	19.282.000	23.073.000
Juego del bingo	44.252.259	22.841.214	17.459.876	34.874.008	35.688.667
Máquinas B y C	156.223.168	60.429.219	136.711.610	142.578.000	140.615.000
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	98.392	67.187	63.830	169.000	141.000
Apuestas deportivas	2.756.357	2.061.823	2.653.859	3.708.000	4.558.000
Extremadura	22.959.308	16.668.271	18.563.577	21.281.681	20.898.859
Casinos (juegos de casino)	337.412	238.098	252.408	346.100	337.474
Juego del bingo	2.195.343	1.222.873	1.424.538	1.856.913	1.571.508
Máquinas B y C	19.594.442	14.882.474	16.445.000	18.516.000	18.454.000
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	167.371	49.069	6.494	7.694	6.536
Apuestas deportivas	664.740	477.757	435.137	554.974	529.341
Galicia	52.793.649	32.216.096	34.706.796	49.334.295	42.279.664
Casinos (juegos de casino)	532.870	297.943	207.022	691.983	600.185
Juego del bingo	8.907.580	4.551.048	3.955.117	7.639.428	5.047.648
Máquinas B y C	39.976.529	24.941.885	27.882.963	37.472.695	33.407.333
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	81.776	59.896	161.155	108.267	107.159
Apuestas deportivas	3.294.894	2.365.324	2.480.539	3.421.922	3.117.339
Madrid	157.056.430	73.818.242	127.254.844	130.486.395	130.975.050
Casinos (juegos de casino)	17.600.000	8.400.000	9.500.000	12.500.000	16.475.599
Juego del bingo	22.200.000	12.000.000	13.700.000	17.000.000	18.549.155
Máquinas B y C	100.800.000	47.500.000	94.900.000	92.900.000	88.400.000
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	300.000	150.000	200.000		0
Apuestas deportivas	6.673.729	4.250.000	7.300.000	7.700.000	7.351.703
Apuestas hípicas	120.000	68.242	114.844	116.395	118.593
Impuesto instalación máquinas en hostelería	2.300.000	1.200.000	1.500.000	200.000	10.000
Juego online autorizado	7.062.701	50.000	40.000	50.000	70.000
Murcia	32.902.133	19.683.783	26.697.341	31.214.039	38.382.487
Casinos (juegos de casino)	198.170	222.490	440.787	802.620	1.145.506
Juego del bingo	4.671.954	2.255.233	3.233.258	4.184.689	4.660.933
Máquinas B y C	26.116.128	15.743.494	20.582.908	24.299.147	30.655.383
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	5.292	886	15.139	11.070	2.418
Apuestas deportivas	1.635.039	1.256.192	1.656.219	1.687.911	1.664.284
Imp. sobre premios bingo	275.550	205.488	169.030	228.602	253.963
Navarra	12.723.903	10.901.396	9.458.053	12.859.242	14.790.409
Casinos (juegos de casino)					
Juego del bingo	984.642	431.907	562.533	815.098	927.202
Máquinas B y C	7.364.078	5.976.900	4.486.508	7.157.400	7.123.315
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	47.659	15.028	31.059	48.960	39.709
Apuestas deportivas	1.693.694	2.207.838	2.617.638	3.100.861	3.449.958
Juego online autorizado	1.883.830	1.800.000	1.760.315	1.736.923	3.250.226
Imp. sobre premios bingo (Gastos suntuarios)	750.000				
Impuesto foral premios lotería		469.723			
País Vasco	58.964.363	34.898.777	37.458.720	47.767.103	52.109.722
Casinos (juegos de casino)	797.710	281.675	256.021	387.718	1.065.221
Juego del bingo	4.758.361	2.826.257	2.231.126	3.525.852	3.588.379
Máquinas B y C	38.800.919	21.871.050	25.940.047	35.074.731	36.112.427
Apuestas deportivas	5.293.855	4.620.755	4.900.907	5.798.486	5.286.165
Impuesto foral. Premios lotería	9.313.518	5.299.040	4.130.619		6.057.530
Juego online autorizado				2.980.316	
Rioja (La)	8.340.251	5.811.065	7.277.932	8.809.846	8.640.843
Casinos (juegos de casino)	83.556				
Juego del bingo	856.123	498.854	539.138	874.852	915.801
Máquinas B y C	6.719.695	4.809.770	6.162.593	7.285.651	7.061.509
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias		97	759	1.417	1.573
Apuestas deportivas	673.893	500.844	571.981	642.826	661.960
Apuestas en frontones	6.984	1.500	3.461	5.100	0

IMPOSICIÓN TRIBUTARIA SOBRE EL JUEGO...

Impuesto	2019	2020	2021	2022	2023
Valencia (Comunidad)	157.792.621	105.283.774	105.090.482	148.104.541	148.872.578
Casinos (juegos de casino)	7.297.023	2.188.136	3.256.151	5.688.863	5.892.317
Juego del bingo	37.989.130	18.359.665	17.587.413	30.114.865	33.158.484
Máquinas B y C	99.189.396	72.047.049	71.039.243	92.590.515	90.354.399
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias			179.609	180.000	0
Apuestas deportivas	13.317.072	12.688.924	13.028.066	19.530.298	19.467.378
Ceuta	1.068.634	4.114.973	4.251.231	549.210	542.950
Casinos (juegos de casino)	52.260	28.880	19.076		
Juego del bingo	376.047	204.353	249.142	265.939	296.732
Máquinas B y C	534.605	304.546	358.787	184.965	142.273
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias					
Apuestas deportivas	105.722	77.194	124.226	98.306	103.945
Juego online autorizado		3.500.000	3.500.000		
Melilla	864.224	1.472.127	1.423.861	560.998	535.787
Casinos (juegos de casino)	85.000			3.258	
Juego del bingo	35.561	6.511			
Máquinas B y C	590.138	385.815	357.492	477.166	445.174
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	87.000	47.850	37.650	37.350	37.050
Apuestas deportivas	66.525	31.951	28.719	43.224	53.563
Juego online autorizado		1.000.000	1.000.000		
TOTAL NACIONAL	1.159.106.464	649.693.657	823.576.727	1.030.829.190	1.038.575.654
RESUMEN DE LOS IMPUESTOS SOBRE EL JUEGO SEGÚN SUJETOS PASIVOS					
Impuestos sobre el juego de las comunidades:					
	2019	2020	2021	2022	2023
Casinos (Juegos de casino)	66.755.598	29.797.442	23.124.229	56.956.446	65.616.839
Juego del bingo	201.823.718	95.773.370	89.888.316	148.062.522	151.600.473
Máquinas B y C	820.280.574	471.286.450	652.823.835	757.463.615	748.489.384
- Máquinas C (Estimación)	9.558.000	4.505.830	5.941.300	5.724.000	5.592.000
- Máq B Hostelería (Estimación)	576.985.924	316.175.795	433.875.035	534.467.015	529.048.884
- Máq B Salones (Estimación)	205.280.100	132.961.080	189.735.300	195.151.300	191.118.000
- Máq B Bingos (Estimación)	26.952.050	16.219.315	21.711.600	20.716.800	21.463.800
- Máq B Locales apuestas (Estimación)	1.438.200	1.378.020	1.382.100	1.219.000	1.097.100
- Máq B casinos (Estimación)	66.300	46.410	178.500	185.500	169.600
Apuestas deportivas	46.371.989	38.270.045	45.066.013	60.219.088	60.210.257
Apuestas hípicas y en frontones	202.760	125.924	190.591	183.043	216.646
Juego online regulado por comunidades	8.946.531	6.350.000	6.300.315	4.767.239	3.320.226
Total impuestos sobre las empresas	1.144.381.170	641.603.231	817.393.299	1.027.651.952	1.029.453.825
Premiados en el bingo	3.270.195	1.600.219	1.033.688	2.337.602	2.487.755
Premiados en la lotería, Gestión Nav. y PV	9.313.518	5.768.763	4.130.619	0	6.057.530
Rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias	2.141.581	721.444	1.019.121	839.636	576.545
TOTAL	1.159.106.464	649.693.657	823.576.727	1.030.829.190	1.038.575.654

Fuente: CEJUEGO: Anuario del Juego en España 2024

Recaudación de los impuestos especiales sobre el Juego regulados por el Estado

Estado	2019	2020	2021	2022	2023
Juego de ámbito nacional: Apuestas mutuas	44.334.380	34.518.219	36.832.000	33.102.000	38.547.000
Juego de ámbito nacional: Juego Online	146.669.000	145.165.000	129.189.000	109.930.000	159.820.000
Tasa por actividades regulatorias (SELAE)	6.750.274	6.942.566	7.019.000	7.265.000	7.467.000
Tasa por actividades regulatorias (online)	4.960.000	5.613.000	5.765.372	3.850.000	3.880.000
Gravamen sobre premios de lotería (Personas físicas)	368.908.066	381.728.357	350.906.518	344.266.034	335.813.162
- SELAE	365.648.066	375.328.357	348.616.518	342.934.034	334.733.162
- ONCE	3.260.000	6.400.000	2.290.000	1.332.000	1.080.000
Gravamen sobre premios de lotería (sociedades)					
TOTAL	571.621.720	573.967.142	529.711.890	498.413.034	545.527.162

Fuente: CEJUEGO: Anuario del juego en España 2024 (CEJUEGO)

Desglose de los juegos regulados actualmente, de acuerdo con la Orden EHA/3081/2011, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la reglamentación básica de las apuestas deportivas mutuas:

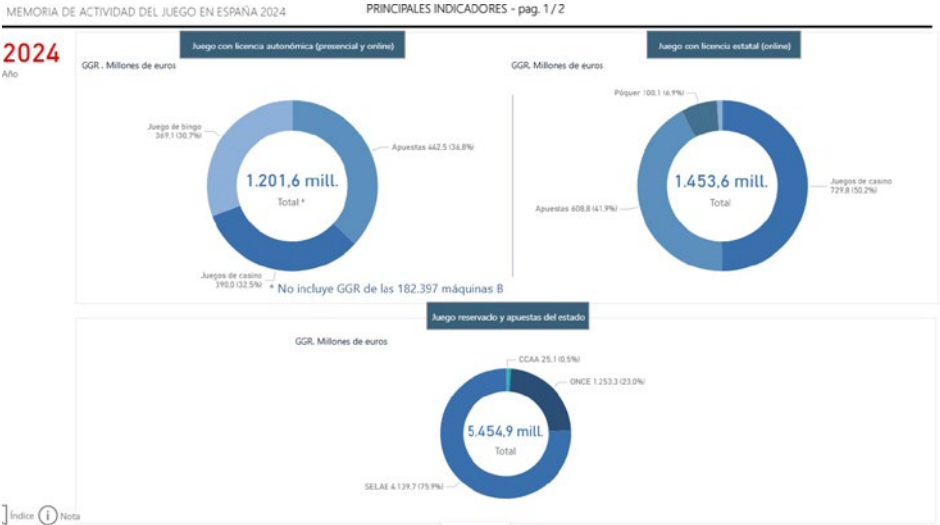
Nombre	Descripción
Apuestas deportivas mutuas	Acierto en el pronostico formulado en el resultado de uno o varios eventos deportivos. Un porcentaje de las sumas apostadas, previamente establecido, se distribuye entre los acertantes
Apuestas deportivas de contrapartida	Acierto en el pronostico formulado en el resultado de uno o varios eventos deportivos. El participante apuesta contra el operador de juego, siendo el premio el resultante de multiplicar el importe apostado por el coeficiente validado previamente por el operador.
Otras apuestas de contrapartida	El participante apuesta contra el operador de juego, siendo el premio el resultante de multiplicar el importe apostado por el coeficiente validado previamente por el operador. Acontecimientos relacionados con la sociedad, los medios de comunicación, la economía, los espectáculos, la cultura u otros similares.
Apuestas hípicas mutuas	Pronostico sobre resultado de una carrera de caballos o circunstancias que formen parte de ellas. Un porcentaje de las cantidades apostadas, previamente establecido, se distribuirá entre los acertantes.

Nombre	Descripción
Apuestas hípicas de contrapartida	Pronostico sobre resultado de una carrera de caballos o circunstancias que formen parte de ellas. El participante apuesta contra el operador de juego, siendo el premio el resultante de multiplicar el importe apostado por el coeficiente validado previamente por el operador.
Apuestas cruzadas	Resultantes de la casación de ofertas a favor o en contra realizadas por los participantes sobre un determinado evento susceptible de apuesta; el operador solo es intermediario en la transacción.
Máquinas de azar	Se intenta obtener en tiempo delimitado, una combinación de signos o representaciones gráficas, que de acuerdo con las condiciones establecidas, arrojen un determinado premio.
Black Jack	Juego de naipes, en el cual los participantes juegan en contra del establecimiento que organiza la partida, con objeto de obtener 21 puntos o acercarse sin sobrepasar ese límite.
Bingo	Formar en cartones o tarjetas virtuales con un precio, combinaciones numéricas susceptibles de premio. Se obtienen mediante sorteo en el que se encuentran presentes la totalidad de números del juego. Porcentaje de premio establecido por el operador sin poder superar los 150.000 euros.
Concursos	Obtención de premio, en metálico o especie, que se adjudica al ganador, por azar o superación de varias pruebas de cualquier índole. La participación se realiza mediante desembolso económico, inscripción, llamada telefónica u otro procedimiento.
Punto y banca	Alcanzar con una mano de naipes la suma de nueve puntos o lo más cercano sin sobrepasarlo. El operador será juez de las cantidades apostadas por terceros, detrayendo las cantidades que hubiera fijado.
Póquer	Juego de naipes en el que varios jugadores se enfrentan entre sí con el fin de obtener una combinación de cartas que, de acuerdo con las reglas del juego, sean mas valiosas. El ganador obtiene el fondo de la apuesta realizada en la mesa.

Nombre	Descripción
Ruleta	Juego de azar basado en la coincidencia de la apuesta del participante con un numero, color o ubicación de casilla indicada por una bola que detiene su movimiento sobre un tablero que representa una circunferencia dividida en casillas que representan los números y colores que pueden ser apostados.
Juegos complementarios	Juegos de distinta naturaleza que combinan varios atributos, cuyo denominador común se encuentra en que el participante no busca únicamente el lucro económico, sino también la diversión que proporciona.

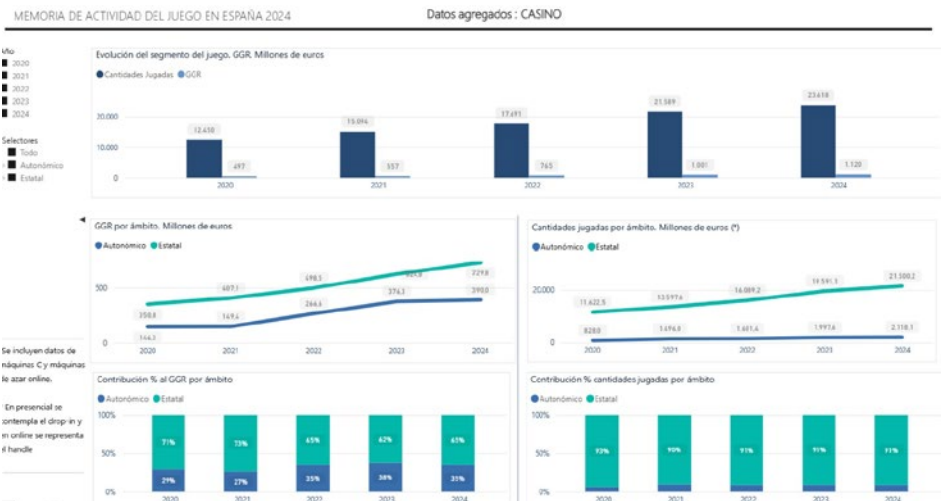
Queda excluida de esta clasificación, la lotería ya que se rige por legislación estatal y teniendo únicamente dos operadores: Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) y Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE).

Juego con licencia autonómica, estatal y juego reservado y apuestas del Estado



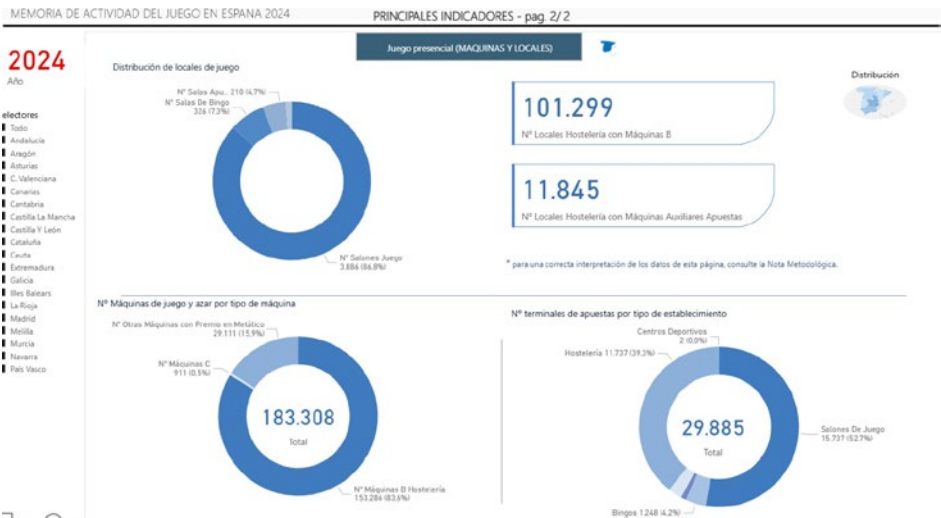
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Distribución por locales, máquinas y terminales



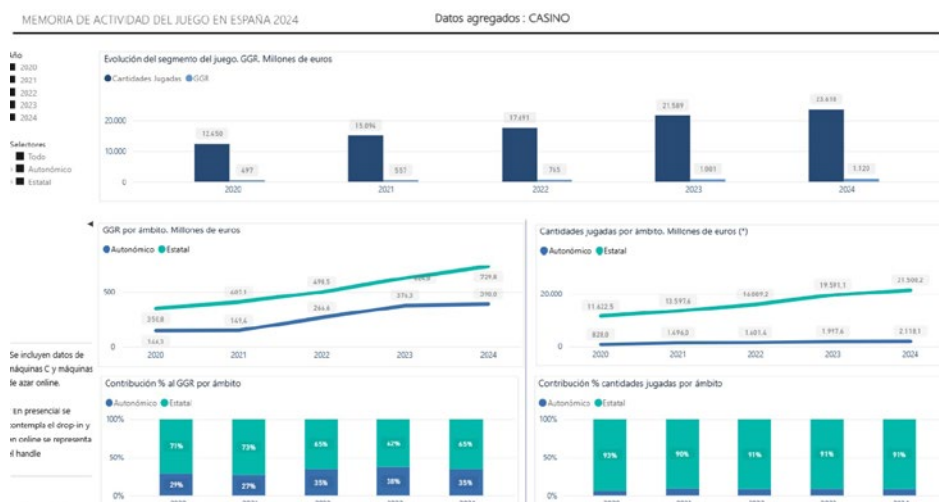
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego



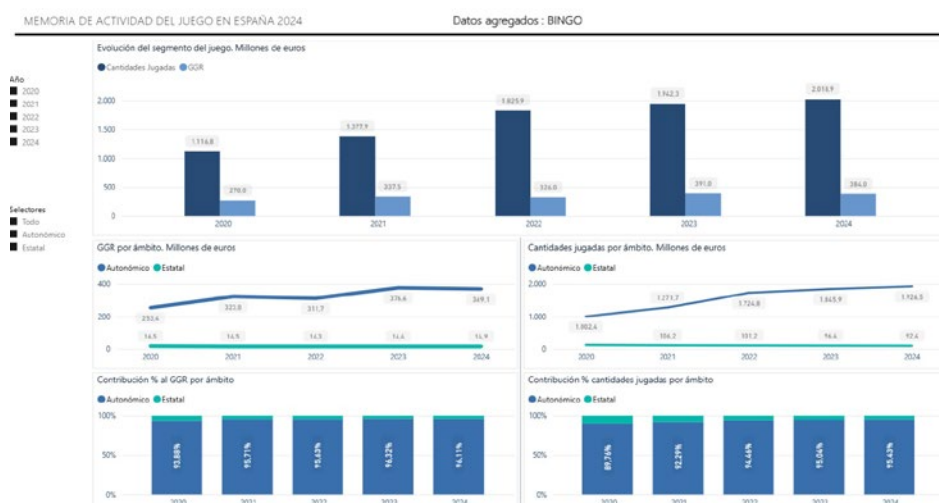
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Casinos



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: BINGO



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Apuestas



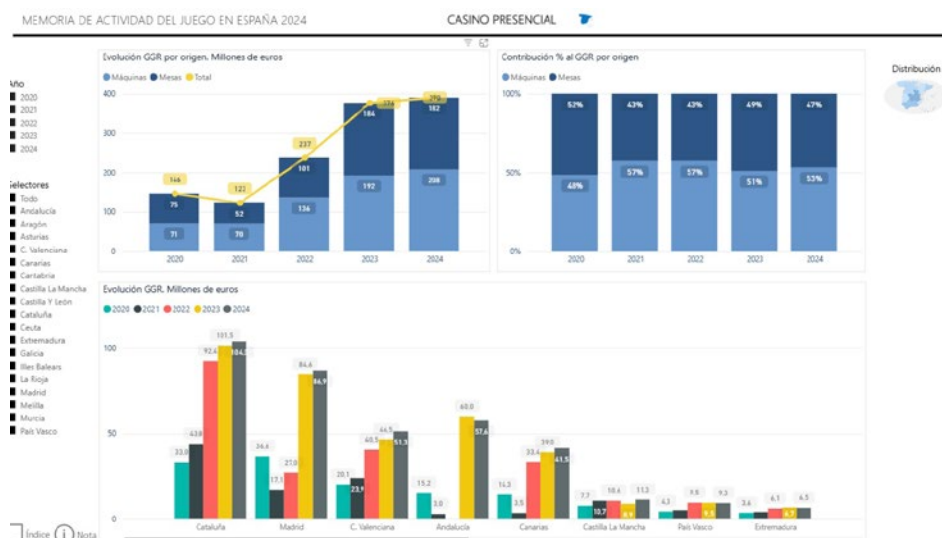
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Loterías



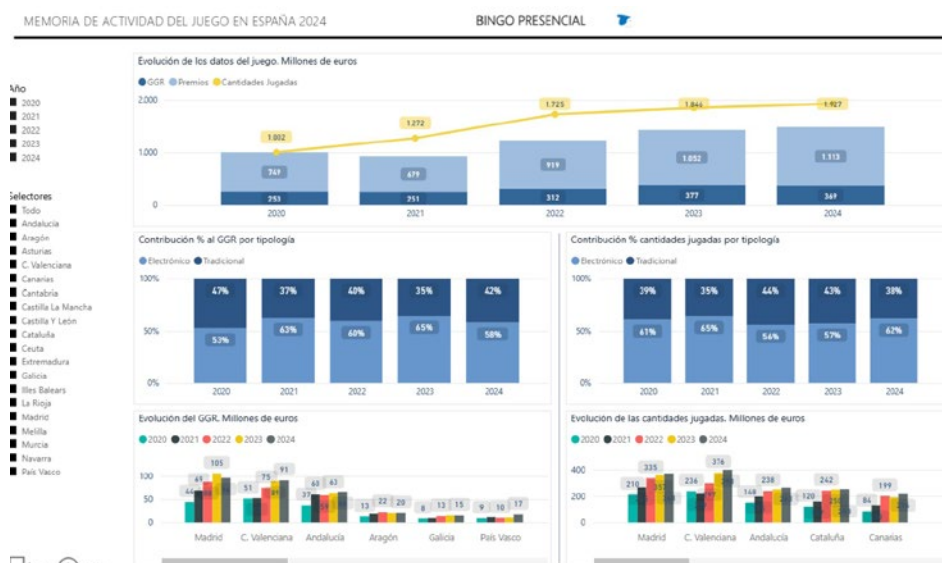
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Casino presencial



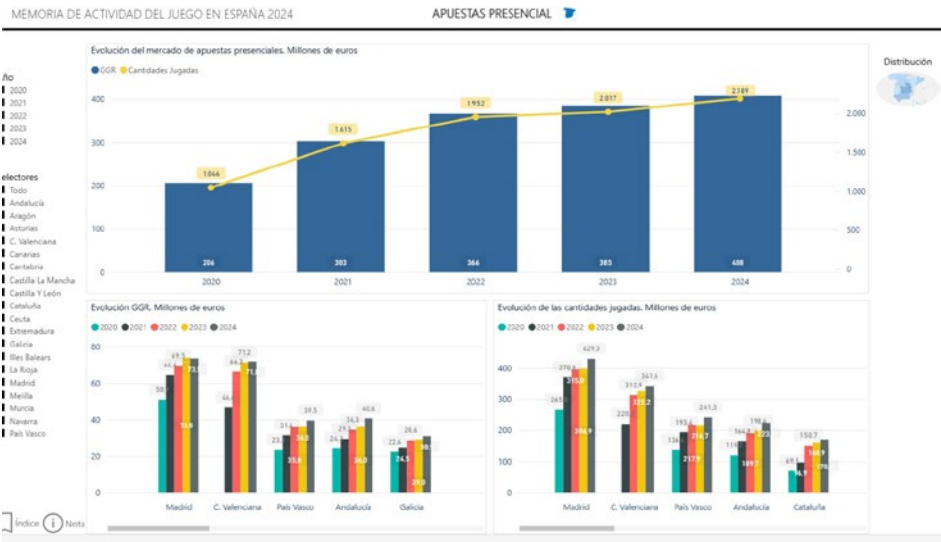
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Bingo presencial



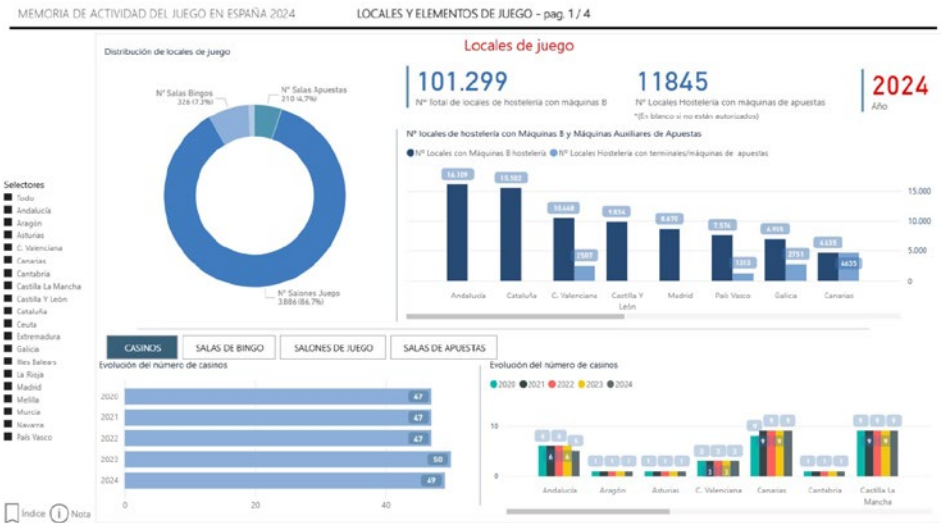
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Apuestas presencial



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Locales y elementos de juego: Locales de Juego

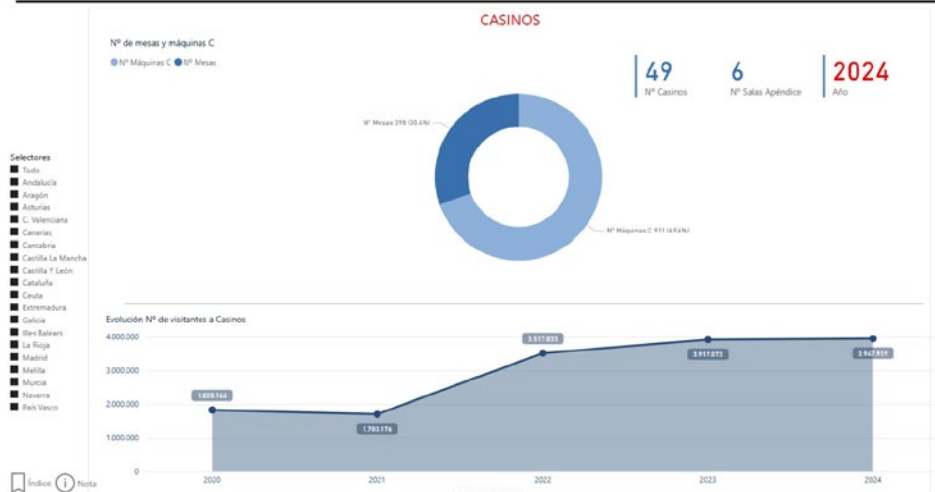


Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Locales y elementos de juego: Casinos

MEMORIA DE ACTIVIDAD DEL JUEGO EN ESPAÑA 2024

LOCALES Y ELEMENTOS DE JUEGO - pag. 2 / 4

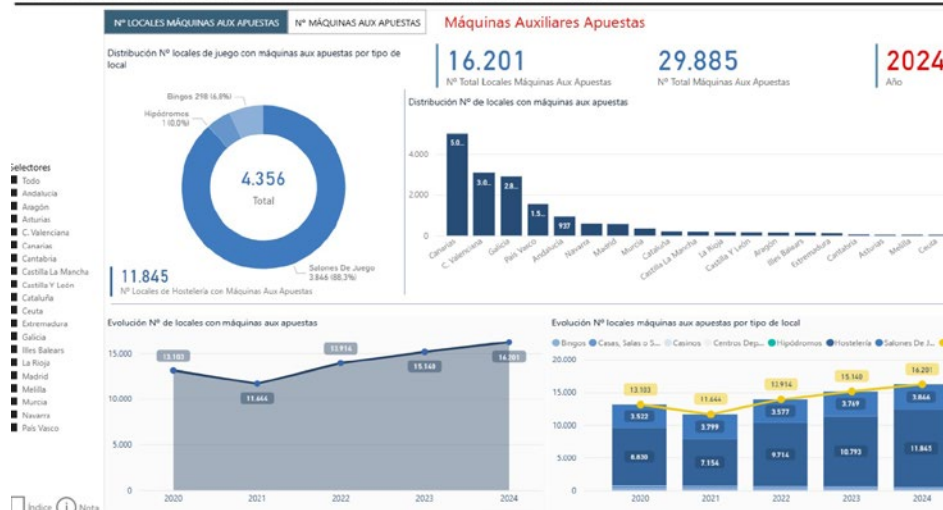


Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Máquinas auxiliares y Apuestas

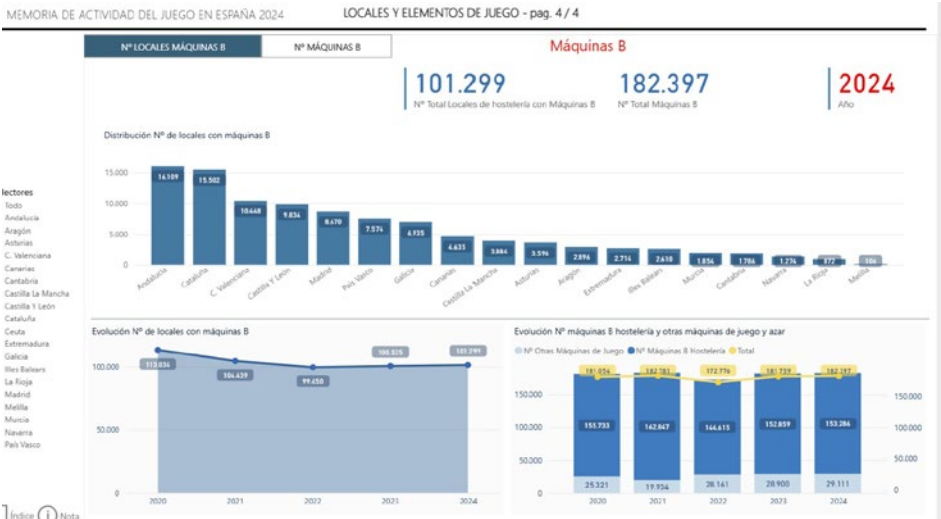
MEMORIA DE ACTIVIDAD DEL JUEGO EN ESPAÑA 2024

LOCALES Y ELEMENTOS DE JUEGO - pag. 3 / 4



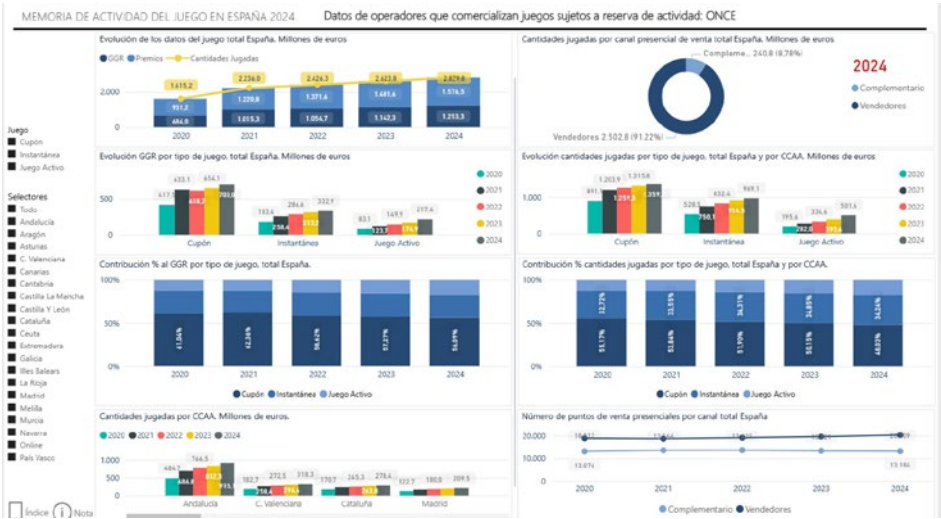
Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Evolución del segmento del juego: Máquinas B



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Datos de operadores que comercializan juegos sujetos a reserva de actividad SELAE



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Datos de operadores que comercializan juegos sujetos a reserva de actividad ONCE

MEMORIA DE ACTIVIDAD DEL JUEGO EN ESPAÑA 2024

Datos de operadores que comercializan juegos sujetos a reserva de actividad: SELAE



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Datos mercado Juego TOTAL ONLINE

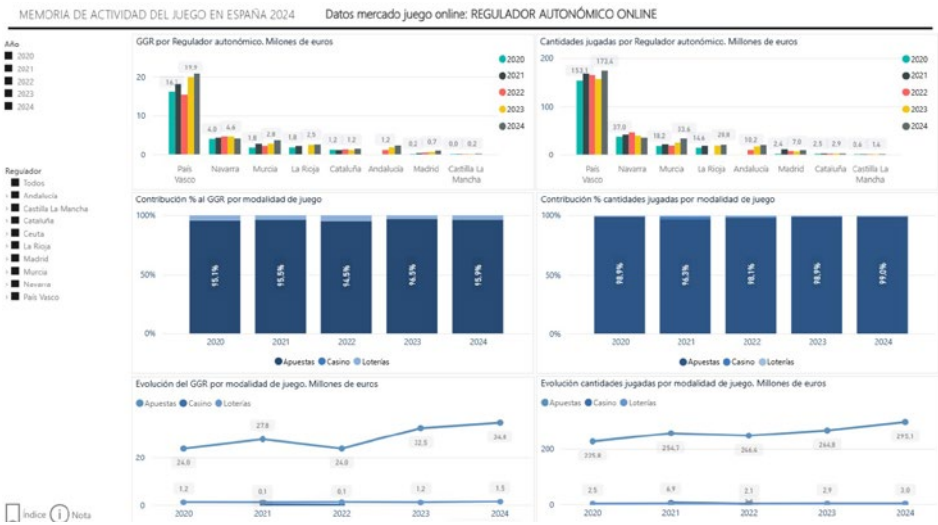
MEMORIA DE ACTIVIDAD DEL JUEGO EN ESPAÑA 2024

Datos mercado juego online: TOTAL ONLINE



Fuente: DGOJ: Dirección General de Ordenación del Juego: Memoria de actividad del juego en España 2024

Datos de Juego: regulador autonómico online



M-LEARNING Y PROTECCIÓN DE DATOS: RETOS CONSTITUCIONALES EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

M-LEARNING AND DATA PROTECTION: CONSTITUTIONAL CHALLENGES IN HIGHER EDUCATION

ALBERTO CASTEDO ESPESO¹

Doctorando de la Universidad de Burgos (UBU)

Sumario: *I. El impacto del m-learning en el derecho y los principios constitucionales. II. M-learning, libertad de pensamiento y estructuras democráticas. III. M-learning y el derecho a la protección de datos en el ámbito universitario. IV. M-learning y los desafíos regulatorios en el derecho constitucional. V. M-learning, inteligencia artificial y derechos digitales en educación superior. VI. De la norma a la praxis: gobernanza algorítmica y equidad material. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.*

Resumen: El M-learning ha transformado la educación superior mediante la incorporación de tecnologías digitales en los entornos académicos, permitiendo una mayor accesibilidad y experiencias de aprendizaje personalizadas. Sin embargo, su expansión acelerada plantea desafíos legales y constitucionales, especialmente en lo referente a la protección de datos, la equidad educativa y la autonomía institucional. Este trabajo analiza los marcos regulatorios del m-learning, concretando sus implicaciones a la luz del RGPD y la LOPD-GDD, y proponiendo un modelo de gobernanza algorítmica y medidas verificables contra la brecha digital para proteger los derechos fundamentales en el contexto universitario.

¹ El autor está realizando su tesis doctoral que lleva por título Análisis de las percepciones sobre la estrategia educativa del aprendizaje móvil (M-learning) en una universidad privada española.

Palabras clave: M-learning, inteligencia artificial, protección de datos, derecho constitucional, educación superior, gobernanza algorítmica, derechos digitales, equidad educativa.

Abstract: M-learning has transformed higher education by integrating digital technologies into academic environments, enabling greater accessibility and personalized learning experiences. However, its rapid expansion presents significant legal and constitutional challenges, particularly regarding data protection, educational equity, and institutional autonomy. This paper examines the regulatory frameworks governing m-learning, specifying their implications in light of the GDPR and Spanish data protection law (LOPDGDD), and proposing a model for algorithmic governance and verifiable measures against the digital divide to safeguard fundamental rights in university settings.

Key words: M-learning, artificial intelligence, data protection, constitutional law, higher education, algorithmic governance, digital rights, educational equity.

I. EL IMPACTO DEL M-LEARNING EN EL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La digitalización del aprendizaje ha transformado la educación superior, especialmente en universidades privadas, donde la autonomía institucional facilita la adopción de tecnologías educativas. Sin embargo, este avance plantea desafíos desde el punto de vista del derecho constitucional, en particular en relación con el acceso equitativo a la educación y la protección de datos personales.

Desde una perspectiva jurídica, el aprendizaje móvil exige una adaptación normativa que garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales en entornos digitales. La enseñanza a través de plataformas móviles debe asegurar la privacidad de los estudiantes y evitar que las desigualdades en el acceso a la tecnología profundicen brechas educativas. Además, la dependencia de herramientas digitales ha impulsado el debate sobre la autonomía universitaria y la necesidad de regulaciones que equilibren el desarrollo tecnológico con el marco legal vigente.

Uno de los temas centrales en la regulación del m-learning es la protección de datos personales. Las plataformas educativas recopilan información sobre hábitos de estudio y rendimiento académico, lo que genera preocupaciones sobre la privacidad de los estudiantes. Si bien

la normativa europea establece principios de transparencia y seguridad en la gestión de datos, persisten desafíos en su aplicación dentro de universidades privadas con mayor capacidad de autorregulación.

El derecho a la educación, consagrado en la Constitución Española, debe garantizarse sin discriminación. Sin embargo, el acceso desigual a dispositivos electrónicos y a una conexión estable a Internet sigue siendo un obstáculo para ciertos sectores de la población, afectando la equidad en la enseñanza digital (UNICEF, 2025: 17). La brecha digital no solo limita el acceso al conocimiento, sino que también genera desigualdades estructurales en la formación académica.

Para mitigar estos efectos, es esencial que las políticas públicas integren estrategias que faciliten el acceso a tecnologías educativas en todos los niveles. El aprendizaje móvil debe complementar, no sustituir, los métodos tradicionales de enseñanza, asegurando que la digitalización no genere nuevas formas de exclusión educativa (Floridi, 2022: 96-97). En este sentido, algunas universidades han desarrollado programas de inclusión tecnológica para garantizar que los estudiantes dispongan de los recursos necesarios para acceder a plataformas digitales sin restricciones.

La regulación del m-learning enfrenta el desafío de equilibrar la innovación tecnológica con la garantía de los derechos fundamentales. A diferencia de los modelos educativos tradicionales, el aprendizaje móvil depende de una actualización constante de plataformas digitales, lo que exige regulaciones suficientemente flexibles para adaptarse a los cambios sin vulnerar el derecho a la educación. La rápida evolución de estas herramientas obliga a las universidades privadas a desarrollar mecanismos de control que aseguren la seguridad de los datos sin comprometer la calidad del aprendizaje (D'Aloia, 2020: 213).

El impacto de la digitalización educativa no solo afecta a los estudiantes, sino también a los docentes, quienes deben adaptarse a nuevos modelos de enseñanza que incorporan inteligencia artificial y algoritmos de personalización educativa. Este cambio ha generado preocupaciones sobre la privacidad en el entorno laboral universitario, especialmente en instituciones privadas que pueden implementar sistemas de monitoreo digital del desempeño académico. La existencia de estos sistemas ha impulsado el debate sobre la necesidad de establecer límites normativos que protejan la privacidad de los docentes sin frenar la innovación tecnológica (Resta, 2019: 129).

Desde una perspectiva comparada, distintos países han desarrollado regulaciones específicas para el aprendizaje móvil, estableciendo principios de accesibilidad y protección de datos en el uso de pla-

taformas digitales. Estas normativas buscan equilibrar la digitalización educativa con la seguridad y privacidad de los estudiantes. En algunos casos, como Francia, se han adoptado medidas estatales que garantizan la gestión segura de la información académica, mientras que en otros, como Estados Unidos, las universidades privadas han desarrollado estrategias de protección de datos con un enfoque más autónomo (D'Aloia, 2020: 213).

El desarrollo del m-learning debe ser acompañado de políticas públicas que aseguren que su implementación favorezca la inclusión sin comprometer la equidad educativa. La digitalización de la enseñanza representa un reto para los sistemas jurídicos, que deben adaptar sus marcos regulatorios a las nuevas condiciones tecnológicas sin comprometer los principios esenciales del derecho a la educación. La legislación en materia de educación digital debe establecer criterios claros para garantizar la protección de los derechos fundamentales en el m-learning, contemplando aspectos como el acceso equitativo, la protección de datos personales y la autonomía universitaria.

II. M-LEARNING, LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y ESTRUCTURAS DEMOCRÁTICAS

El aprendizaje móvil (m-learning) ha redefinido los espacios educativos del siglo XXI, ampliando el acceso al conocimiento mientras plantea desafíos en la relación entre tecnología, libertad de pensamiento y estructuras democráticas. Si bien la digitalización ha favorecido la democratización de la enseñanza, también ha generado preocupaciones sobre la gestión de datos y la influencia de los algoritmos en la autonomía intelectual de los estudiantes.

Desde una perspectiva constitucional, el derecho a la educación implica no solo el acceso al conocimiento, sino también la capacidad de desarrollar un pensamiento libre y crítico. La personalización del contenido educativo mediante algoritmos puede limitar la exposición a distintas perspectivas académicas, afectando la pluralidad en la formación intelectual (Foer, 2017: 215). En este sentido, es fundamental garantizar que la estructura del m-learning preserve la diversidad de enfoques teóricos y evite la creación de entornos educativos cerrados que refuercen sesgos informativos.

Las universidades privadas han sido pioneras en la integración de tecnologías de m-learning, facilitando el acceso a la educación en diversos entornos. Sin embargo, la automatización del aprendizaje plantea el riesgo de segmentar excesivamente el contenido educativo,

limitando la diversidad de enfoques teóricos que los estudiantes pueden explorar (Calasso, 2017: 76). Para evitar que el uso de algoritmos restrinja la pluralidad académica, es fundamental establecer criterios de supervisión que garanticen la exposición a una amplia gama de perspectivas.

El derecho a la educación también implica acceso a información transparente y neutral. La regulación del m-learning debe evitar filtros sesgados del contenido educativo y garantizar que los algoritmos respeten principios de equidad en la selección de materiales. La supervisión de estos sistemas es clave para evitar manipulaciones en el acceso al conocimiento, especialmente en instituciones privadas con autonomía en la gestión de sus plataformas digitales (Hildebrandt, 2015: 11).

La implementación del m-learning en universidades privadas ha suscitado interrogantes sobre la protección de datos y la libertad académica. La recopilación de información sobre los hábitos de estudio de los alumnos plantea cuestiones sobre la privacidad y el control institucional de los datos educativos. Aunque el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) establece directrices claras sobre el manejo de información en entornos digitales, su aplicación específica en el ámbito universitario sigue presentando desafíos en la gestión de perfiles educativos automatizados (Resta, 2019: 129).

Asimismo, la automatización en los procesos de evaluación y certificación académica ha generado preocupaciones sobre la transparencia y equidad en la calificación de los estudiantes. Los algoritmos de evaluación pueden incluir sesgos en la medición del rendimiento, afectando la igualdad de oportunidades en el acceso a títulos universitarios. Para garantizar la imparcialidad en la educación digital, es necesario establecer mecanismos de supervisión humana en la interpretación de calificaciones automatizadas (Coeckelbergh, 2020: 99).

El aprendizaje móvil no solo ha transformado los modelos educativos, sino que también ha generado debates sobre el papel del Estado en la regulación de las plataformas digitales en educación superior. La digitalización de la enseñanza ha impulsado la necesidad de normativas que aseguren la accesibilidad, transparencia y pluralidad en la formación académica. En este contexto, las instituciones que implementan m-learning deben garantizar que la tecnología no limite la capacidad de los estudiantes para desarrollar un pensamiento autónomo ni condicione el acceso equitativo a la información.

La supervisión de las plataformas de m-learning no debe limitarse al ámbito académico, sino también incluir la protección de los de-

rechos digitales de los estudiantes. La integración de tecnologías de inteligencia artificial en la educación superior plantea desafíos sobre la autonomía estudiantil en el manejo de su información personal. Para garantizar un uso responsable de estos sistemas, es necesario establecer marcos normativos que regulen su aplicación y protejan la privacidad de los usuarios (Pasquale, 2020: 139).

El desarrollo de estándares internacionales sobre el uso de tecnologías en educación superior permitirá definir criterios comunes para la regulación del aprendizaje móvil. La diversidad en los enfoques normativos refleja la necesidad de establecer mecanismos de supervisión que garanticen la transparencia en el acceso al conocimiento, asegurando que la evolución digital de la enseñanza universitaria respete los principios fundamentales del derecho a la educación y la pluralidad informativa.

III. M-LEARNING Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO

El avance del m-learning ha transformado los sistemas educativos al flexibilizar el acceso al conocimiento y fomentar la digitalización en la enseñanza universitaria. No obstante, esta evolución plantea desafíos jurídicos significativos, especialmente en relación con la protección de datos personales de estudiantes y docentes. La recopilación masiva de información académica en plataformas digitales ha generado interrogantes sobre privacidad y supervisión institucional, lo que requiere normativas claras que equilibren la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales.

En el contexto universitario, la recopilación de datos en plataformas de m-learning abarca registros de actividad, análisis de rendimiento y patrones de comportamiento. Si bien estos elementos permiten la personalización del aprendizaje, también generan riesgos sobre el uso indebido de la información, lo que podría derivar en evaluaciones automatizadas y segmentación de estudiantes sin supervisión adecuada (Floridi, 2022: 293). Para evitar que estos datos se utilicen con fines ajenos al proceso educativo, es necesario establecer regulaciones que garanticen su uso responsable.

Uno de los puntos más debatidos en la regulación del m-learning es la implementación de algoritmos de aprendizaje adaptativo, los cuales ajustan los contenidos educativos según el perfil del estudiante. Aunque esta tecnología facilita la educación personalizada, también plantea desafíos en cuanto a la transparencia en la administración

del conocimiento. La falta de supervisión en estos sistemas puede generar sesgos en el aprendizaje, afectando la diversidad de enfoques académicos disponibles y comprometiendo el principio de pluralidad educativa dentro del marco constitucional (D'Aloia, 2020: 213).

El derecho a la protección de datos también debe considerar la relación entre autonomía universitaria y supervisión gubernamental en el uso de plataformas de aprendizaje móvil. Las universidades privadas han desarrollado modelos de gestión digital que les otorgan un margen considerable en la administración de información académica, lo que ha generado debates sobre la necesidad de un control estatal más riguroso en la regulación de plataformas educativas digitales. La existencia de estándares diferenciados en el manejo de datos personales entre instituciones públicas y privadas evidencia la importancia de establecer un marco normativo unificado que garantice la protección de la privacidad sin comprometer la autonomía institucional (Cabrera Delgado, 2025: 89).

Desde un enfoque internacional, los modelos regulatorios del m-learning han evolucionado de forma heterogénea. Mientras que algunos países han optado por una supervisión estatal más estricta sobre el uso de tecnologías educativas, otros han privilegiado la autonomía institucional en la gestión de datos. En el contexto europeo, el GDPR ha impulsado una mayor homogeneización en la protección de la privacidad académica, aunque persisten diferencias en su aplicación según el país y el tipo de institución universitaria (Sassi, 2021).

Otro aspecto fundamental en la gestión de datos en entornos de m-learning es la seguridad en la transferencia de información entre plataformas digitales. Las universidades han comenzado a utilizar sistemas interconectados que facilitan el acceso a materiales educativos desde múltiples dispositivos, lo que ha generado preocupaciones sobre la protección de la privacidad de los estudiantes. Según estudios sobre seguridad digital en educación (Hildebrandt, 2015), la regulación debe establecer protocolos de encriptación adecuados para evitar riesgos cibernéticos y garantizar la protección de la información académica.

La evolución del aprendizaje móvil ha impulsado el debate sobre el papel de la inteligencia artificial en la gestión académica y su impacto en la protección de datos. La implementación de modelos predictivos en la enseñanza universitaria ha generado preocupaciones sobre la equidad en el acceso a oportunidades educativas y la posible creación de sesgos en la evaluación del rendimiento estudiantil. Para evitar decisiones basadas exclusivamente en perfiles automatizados

sin supervisión humana, es necesario un marco regulador que garantice transparencia y equidad en el uso de estos sistemas (Pasquale, 2020: 139).

La regulación del m-learning debe evolucionar junto con los avances tecnológicos, garantizando que el manejo de datos académicos se realice de manera segura y ética. Más allá de la estandarización internacional, es crucial que las instituciones educativas adapten sus marcos normativos a los desafíos específicos de la digitalización, promoviendo un equilibrio entre innovación pedagógica y protección de la privacidad de los estudiantes.

IV. M-LEARNING Y LOS DESAFÍOS JURÍDICOS Y NORMATIVOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La irrupción del m-learning en el ámbito universitario ha generado un conjunto de desafíos jurídicos y normativos que afectan el derecho constitucional en España. La digitalización del aprendizaje, si bien representa una oportunidad para la expansión del conocimiento, también plantea interrogantes sobre la regulación de derechos fundamentales, la supervisión estatal de las plataformas digitales y el papel de las universidades en la gestión del entorno digital educativo. La necesidad de adaptar el marco jurídico a esta nueva realidad ha sido objeto de análisis en el constitucionalismo digital, donde se busca garantizar que la innovación tecnológica no comprometa los principios esenciales de equidad, privacidad y autonomía institucional (Jiménez Pintado, 2024: 112).

Desde la perspectiva del derecho constitucional, el m-learning debe ser analizado dentro del artículo 27 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la educación y la obligación de los poderes públicos de garantizar su acceso en condiciones de igualdad. Sin embargo, la transición hacia modelos educativos digitales ha evidenciado una serie de dificultades normativas, especialmente en relación con la brecha digital y su impacto en el principio de igualdad material. A pesar de las iniciativas gubernamentales orientadas a reducir la desigualdad en el acceso a tecnología educativa, persisten diferencias significativas en la disponibilidad de dispositivos, conexión a internet y formación digital, lo que puede derivar en discriminación indirecta dentro del sistema universitario (Cazurro Barahona, 2025: 89).

Uno de los principales desafíos normativos en el m-learning es el tratamiento de datos personales. El artículo 18.4 de la Constitución Española establece la protección de datos como un derecho fun-

damental, asegurando que el uso de la tecnología no vulnere la privacidad. Este mandato se materializa en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) (Reglamento UE 2016/679) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). El reto jurídico para una universidad es establecer una base de legitimación (artículo 6 del RGPD) para el ingente tratamiento de datos del m-learning. Aunque el consentimiento (art. 6.1.a) es problemático en la relación asimétrica estudiante-institución, las bases más sólidas son la ejecución de un contrato (art. 6.1.b), es decir, el contrato de matrícula, o el cumplimiento de una misión realizada en interés público (art. 6.1.e) en el caso de la universidad pública.

El desafío se agudiza si las plataformas recogen categorías especiales de datos (artículo 9 del RGPD), como datos biométricos para la supervisión de exámenes (*proctoring*) o datos de salud para adaptaciones curriculares, lo que exigiría ampararse en excepciones tasadas, como el interés público esencial (art. 9.2.g) desarrollado por la legislación nacional.

El nexo constitucional se vuelve crítico con la IA y las decisiones individuales automatizadas (artículo 22 del RGPD). El uso de algoritmos para el perfilado de estudiantes o la evaluación automatizada impacta directamente en el estudiante. El art. 22 establece el derecho fundamental a “no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado” que le produzca efectos jurídicos (como una calificación). Tanto el RGPD como la LOPDGDD exigen, como mínimo, que el estudiante tenga el derecho a obtener intervención humana, expresar su punto de vista e impugnar la decisión algorítmica. Esto supone un límite directo, derivado del art. 18.4 CE, a la “caja negra” de la IA en la educación.

La autonomía universitaria, reconocida en el artículo 27.10 de la Constitución, también enfrenta retos derivados de la digitalización del aprendizaje. Tradicionalmente, las universidades han gozado de independencia en la gestión de sus programas educativos, pero la proliferación de plataformas digitales ha generado un debate sobre la supervisión estatal de los entornos de m-learning. La regulación de estos espacios debe encontrar un equilibrio entre la libertad institucional y la necesidad de establecer criterios normativos que garanticen la transparencia y la equidad en el acceso a la educación digital (Jiménez Pintado, 2024: 132). Mientras que algunos países han optado por una regulación estricta, en España todavía se requiere un marco normativo más detallado que delimite las competencias estatales en la supervisión del m-learning.

Además de la cuestión de la supervisión estatal, el m-learning plantea desafíos específicos en el diseño de un marco regulador acorde con la realidad tecnológica actual. Como señala Carlos Vidal Prado (2024: 146), el desarrollo del aprendizaje digital no debe quedar al margen del principio de legalidad ni de los estándares constitucionales en materia de educación. La flexibilidad del modelo digital, si bien ofrece ventajas en accesibilidad, también puede generar riesgos en la estandarización de criterios académicos y en la garantía de calidad en los procesos de evaluación. La normativa debe integrar mecanismos de supervisión que aseguren que las universidades, incluidas las privadas, no adopten estrategias de digitalización que comprometan el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

Otro aspecto clave en el debate jurídico sobre el m-learning es el papel de los organismos internacionales y europeos en la regulación de derechos digitales en el ámbito educativo. La Comisión Europea ha desarrollado iniciativas normativas orientadas a garantizar la seguridad de los entornos digitales educativos, pero su aplicación en el contexto español requiere una armonización con la Constitución y la legislación vigente en protección de datos y autonomía universitaria. Según Tamara Álvarez Robles (2023: 128), la adaptación del derecho constitucional al aprendizaje móvil debe contemplar no solo la regulación nacional, sino también los estándares internacionales en el tratamiento de derechos digitales. La integración de un marco normativo global puede fortalecer la seguridad jurídica.

El avance del m-learning en la educación superior requiere una actualización del marco normativo para asegurar que la digitalización respete los principios constitucionales y no se convierta en un factor de exclusión académica. La regulación del aprendizaje digital debe garantizar la equidad educativa, la protección de datos y la autonomía institucional, estableciendo mecanismos efectivos de supervisión que permitan consolidar un entorno educativo transparente y accesible. La supervisión estatal de las plataformas de m-learning no debe interpretarse como un obstáculo para la innovación, sino como una herramienta para garantizar que el derecho a la educación se materialice en condiciones de igualdad y seguridad jurídica (Cazurro Barahona, 2025: 102). La actualización del marco jurídico en este ámbito es crucial para garantizar que el m-learning contribuya al fortalecimiento del derecho a la educación y al desarrollo de un ecosistema académico digital accesible, protegido y acorde con los estándares constitucionales vigentes.

V. M-LEARNING, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS DIGITALES EN EDUCACIÓN SUPERIOR

El aprendizaje móvil (*m-learning*) ha transformado la educación superior, permitiendo una mayor accesibilidad y flexibilidad en los modelos de enseñanza. Sin embargo, su evolución ha estado estrechamente ligada al desarrollo de la inteligencia artificial (IA), la cual ha sido incorporada en plataformas educativas para personalizar el aprendizaje, automatizar evaluaciones y gestionar datos académicos. Esta integración plantea desafíos fundamentales en términos de derechos digitales, equidad en el acceso al conocimiento y protección de datos, lo que ha generado un debate sobre la necesidad de regulaciones claras que garanticen un uso ético y transparente de la IA en educación (Martínez-Carrasco, 2024: 57).

Uno de los aspectos más relevantes de la IA en el *m-learning* es su capacidad para adaptar el contenido educativo a cada estudiante mediante algoritmos de aprendizaje automático. Estos sistemas analizan patrones de estudio y rendimiento académico para ofrecer materiales personalizados, optimizando la experiencia de aprendizaje. Sin embargo, diversos estudios han señalado que esta personalización puede generar sesgos en la exposición a información, limitando la diversidad de enfoques académicos y afectando el desarrollo del pensamiento crítico (López-Galiano, 2023: 112). La influencia de los algoritmos en la selección de contenidos educativos se asemeja al fenómeno de las burbujas informativas en redes sociales, donde los usuarios reciben información filtrada según patrones de consumo digital. En el ámbito universitario, esto puede traducirse en la exclusión de ciertas teorías o metodologías, afectando la pluralidad académica y la autonomía intelectual de los estudiantes (Fernández-Ruiz, 2025: 89).

Otro desafío clave en la relación entre *m-learning* e inteligencia artificial es la protección de datos personales y la privacidad en entornos educativos digitales. Las universidades que implementan sistemas de aprendizaje automatizado recopilan grandes volúmenes de información sobre sus estudiantes, desde registros de participación en cursos hasta análisis de rendimiento y patrones de estudio. Si bien estos datos permiten mejorar la eficacia educativa, también generan preocupaciones sobre el perfilado automatizado y el uso indebido de la información académica (Gómez-Santos, 2025: 134). La recopilación masiva de datos educativos plantea riesgos de clasificación algorítmica, donde los estudiantes pueden ser segmentados según su comportamiento digital, afectando sus oportunidades de aprendizaje o generando sistemas de evaluación automatizada que carecen de supervisión humana.

En este contexto, diversos expertos han señalado la necesidad de protocolos específicos para la gestión de datos en plataformas de IA educativa, más allá de las regulaciones generales sobre privacidad. La UNESCO (2023: 211) ha advertido que la falta de estándares claros sobre el almacenamiento y procesamiento de datos académicos puede derivar en prácticas poco transparentes, afectando la confianza de los estudiantes en los sistemas digitales. Algunas universidades han comenzado a desarrollar códigos éticos internos para la gestión de datos en entornos de *m-learning*, estableciendo principios de transparencia, acceso restringido y supervisión humana en el uso de IA para la toma de decisiones académicas (Serrano-Vidal, 2024: 76).

La automatización de la evaluación académica es otro aspecto clave en la relación entre *m-learning* e inteligencia artificial. Diversas instituciones han implementado sistemas de calificación automatizada para agilizar la gestión educativa y reducir la carga administrativa de los docentes. Si bien estos sistemas permiten analizar respuestas de exámenes y ejercicios con mayor rapidez, han generado críticas en relación con la falta de transparencia y supervisión humana en la evaluación del rendimiento estudiantil (Navarro-Pérez, 2023: 184). En algunos casos, los algoritmos pueden contener sesgos en sus modelos de calificación, afectando la equidad en la evaluación y limitando la posibilidad de que los estudiantes sean valorados de manera justa.

Para abordar estos desafíos, algunas universidades han comenzado a desarrollar auditorías de transparencia en plataformas educativas, con el objetivo de garantizar que los sistemas de IA utilizados en la evaluación académica cumplan con principios de imparcialidad y equidad. Algunas instituciones han implementado revisiones algorítmicas para detectar posibles sesgos en la calificación automatizada, asegurando que los estudiantes no sean penalizados por errores en los modelos de IA (Delgado-Ramos, 2025: 112). Estas iniciativas buscan equilibrar la eficiencia de la automatización con la necesidad de supervisión humana, evitando que la tecnología reemplace por completo el juicio académico en la evaluación del aprendizaje.

Otro tema crucial en el debate sobre IA y *m-learning* es el rol de los docentes en la era de la automatización educativa. La expansión de tecnologías digitales en la enseñanza universitaria ha modificado la relación entre profesores y estudiantes, redefiniendo las metodologías de enseñanza y la gestión de contenidos académicos. Si bien la IA ha optimizado la administración de cursos y recursos educativos, algunos expertos han advertido sobre la pérdida de interacción humana en entornos de aprendizaje digital (Rodríguez-Castaño, 2024: 215).

La automatización del aprendizaje no debe sustituir el papel de los docentes, sino complementarlo mediante herramientas que faciliten el acceso al conocimiento sin comprometer la calidad educativa ni la construcción del pensamiento crítico.

Siguiendo esta tendencia, en los últimos años varias universidades han implementado sistemas de revisión algorítmica para evaluar el impacto de la inteligencia artificial en la educación. Algunas instituciones han desarrollado auditorías de transparencia en plataformas digitales para garantizar que los algoritmos de personalización no filtren información de manera sesgada. La creciente preocupación por el perfilado automatizado ha llevado a la creación de grupos de supervisión ética, que buscan detectar posibles sesgos en la evaluación y mejorar la equidad en el acceso al conocimiento (Vega-López, 2024: 198).

La digitalización del aprendizaje superior y la expansión del *m-learning* requieren un marco regulatorio sólido que equilibre la innovación tecnológica con la protección de los derechos digitales de los estudiantes. La inteligencia artificial, aunque representa un avance en la accesibilidad educativa, también plantea desafíos significativos en términos de equidad, transparencia y autonomía intelectual. La supervisión humana en la gestión de sistemas educativos automatizados será fundamental para preservar la calidad académica y evitar que la personalización del aprendizaje limite la diversidad de enfoques teóricos en la enseñanza superior.

VI. DE LA NORMA A LA PRÁXIS: GOBERNANZA ALGORÍTMICA Y EQUIDAD MATERIAL

El análisis de los apartados anteriores evidencia la tensión entre el *m-learning* y los derechos fundamentales. Sin embargo, el imperativo constitucional (art. 18.4 y 27 CE) y la regulación de protección de datos (RGPD y LOPDGDD) no deben ser vistos solo como un límite, sino como una guía para la acción. Para materializar esta protección, las universidades deben adoptar un rol proactivo en dos frentes: la gobernanza interna de sus datos y la garantía de la igualdad material.

VI.1. Gobernanza algorítmica y cláusulas tipo para la docencia

Para superar la opacidad de los sistemas de IA y cumplir con las exigencias de transparencia del RGPD, las universidades deben implementar una gobernanza algorítmica robusta. Esta gobernanza puede

articularse mediante cláusulas tipo de información y supervisión que se integren en las guías docentes de las asignaturas y en la política de privacidad de la institución. Estas cláusulas deberían garantizar, como mínimo:

- a) Transparencia (Art. 13 y 14 RGPD): Informar al estudiantado, de forma clara y accesible, sobre qué sistemas de IA, *learning analytics* o evaluación automatizada se están utilizando; con qué finalidad se tratan sus datos; y cuál es la lógica subyacente de dichos sistemas.
- b) Derecho a Intervención Humana (Art. 22 RGPD): Establecer un protocolo claro y accesible para que el estudiante pueda solicitar y obtener una revisión por parte de un docente o un comité académico de cualquier decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado (como una calificación) que le afecte significativamente.
- c) Auditoría y No Discriminación: El compromiso de la institución de auditar periódicamente sus algoritmos para detectar y mitigar posibles sesgos (socioeconómicos, de género, etc.) que puedan vulnerar el principio de igualdad en la evaluación o en la personalización del aprendizaje.
- d) Finalidad y Reutilización: Clarificar que los datos generados por el estudiante (trabajos, interacciones, patrones de estudio) solo se usarán para los fines educativos y de evaluación previstos, y no serán empleados para entrenar modelos de IA de terceros o para fines comerciales sin un consentimiento explícito e inequívoco.

VI.2. Medidas contra la brecha digital: el principio de igualdad e indicadores verificables

El derecho a la educación (art. 27 CE) y el principio de igualdad material (art. 9.2 CE) exigen que el m-learning no se convierta en un factor de exclusión académica. Las “políticas públicas” genéricas son insuficientes; se requieren medidas anti-brecha digital específicas por parte de las universidades, dotadas de indicadores verificables:

- a) Medida (Acceso a medios): Programas de préstamo, subvención o micro-financiación para la adquisición de dispositivos (portátiles, tabletas) y bonos de conectividad a Internet para estudiantes que acrediten estar por debajo de un determinado umbral de renta, garantizando el acceso material a la tecnología.

- Indicador Verificable: Porcentaje de estudiantes becados (o en un umbral de renta equivalente) que reciben el soporte (dispositivo o conectividad) en un plazo máximo de 10 días tras el inicio del curso o la solicitud.
- b) Medida (Competencia digital): Integración de módulos formativos obligatorios (de 0 ECTS) sobre competencias digitales éticas y uso de las plataformas de m-learning para todos los estudiantes de nuevo ingreso, así como formación continua para el Personal Docente e Investigador (PDI) en el uso pedagógico y ético de estas herramientas.
 - Indicador Verificable: Tasa de superación de los módulos formativos por parte de los estudiantes y número de horas de formación media completadas por el PDI al año en esta materia.
- c) Medida (Accesibilidad universal): Auditoría y garantía de que todas las plataformas y contenidos educativos propios de la universidad cumplen con los estándares de accesibilidad universal (p.ej., nivel AA de las directrices WCAG) para no excluir a estudiantes con diversidad funcional.
 - Indicador Verificable: Porcentaje de recursos educativos y plataformas del campus virtual que superan la auditoría de accesibilidad anual.

VII. CONCLUSIONES

El desarrollo del m-learning en la educación superior ha generado una transformación profunda en los modelos de enseñanza, impulsando la digitalización del aprendizaje y la integración de tecnologías avanzadas. A lo largo de este estudio, se han analizado los principales desafíos que enfrenta el m-learning, desde la equidad en el acceso hasta la protección de datos y la autonomía universitaria. La evolución de estos sistemas ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer marcos normativos que regulen su implementación, como la correcta aplicación del RGPD y la LOPDGDD, asegurando que la innovación tecnológica no comprometa los derechos fundamentales de los estudiantes.

Uno de los aspectos más relevantes en la expansión del m-learning ha sido la incorporación de inteligencia artificial en la gestión académica. La automatización de procesos educativos ha permitido optimizar la administración de cursos y mejorar la personalización

del aprendizaje, pero también ha generado preocupaciones sobre la transparencia en la evaluación y la supervisión de algoritmos. Según Area Moreira (2025), la IA en educación debe ser utilizada como una herramienta pedagógica disruptiva, capaz de fomentar el pensamiento crítico sin limitar la diversidad de enfoques teóricos. La supervisión humana sigue siendo esencial para garantizar que la tecnología no reemplace el juicio académico ni afecte la equidad en la enseñanza.

El impacto de la inteligencia artificial en la educación superior ha sido objeto de múltiples estudios, destacando tanto sus beneficios como sus riesgos. Jardón et al. (2024) señalan que la percepción de alumnos y profesores sobre el uso de IA en el aprendizaje y la evaluación varía según el nivel de integración tecnológica en cada institución. Mientras que algunos docentes consideran que la automatización mejora la objetividad en la calificación, otros advierten sobre la posible pérdida de interacción humana en el proceso educativo. La implementación de auditorías de transparencia en plataformas digitales puede contribuir a equilibrar la eficiencia de la IA con la necesidad de supervisión académica.

Otro desafío clave en la regulación del m-learning es la gestión de datos personales en entornos educativos digitales. La recopilación masiva de información sobre los hábitos de estudio de los alumnos plantea interrogantes sobre la privacidad y la seguridad. Goodfellow et al. (2016) destacan que el uso de *deep learning* en educación permite analizar grandes volúmenes de información en tiempo real, optimizando la personalización del aprendizaje. Sin embargo, la correcta aplicación de las bases jurídicas (art. 6 y 9 RGPD) y los límites a las decisiones automatizadas (art. 22 RGPD) sigue siendo un reto, generando preocupaciones sobre el acceso no autorizado a información sensible.

La evolución del aprendizaje digital también ha impulsado el desarrollo de herramientas de *learning analytics*, que permiten evaluar el rendimiento académico mediante minería de datos educativos. Siemens & Baker (2012) explican que la integración de *learning analytics* en plataformas de m-learning puede mejorar la toma de decisiones en la gestión universitaria, facilitando la identificación de patrones de aprendizaje y la adaptación de contenidos. No obstante, la implementación de estos sistemas debe garantizar la protección de la privacidad de los estudiantes, evitando el uso indebido de datos personales en procesos automatizados de evaluación.

El papel de los docentes en la era del m-learning ha experimentado cambios significativos, redefiniendo la relación entre profesores y alumnos en entornos digitales. La automatización del aprendizaje ha

optimizado la administración de cursos, pero también ha generado inquietudes sobre la pérdida de interacción humana en la enseñanza. Jardón et al. (2024) advierten que la dependencia excesiva de la IA en educación puede afectar la calidad del aprendizaje, reduciendo la capacidad de los estudiantes para desarrollar habilidades de pensamiento crítico. La integración de tecnologías digitales debe complementarse con estrategias pedagógicas que preserven la interacción docente-estudiante, asegurando que la automatización no sustituya el proceso de enseñanza tradicional.

La regulación del m-learning en educación superior debe contemplar un enfoque integral que equilibre la innovación tecnológica con la protección de los derechos digitales de los estudiantes. La supervisión de algoritmos educativos, la transparencia en la gestión de datos y la equidad en el acceso a plataformas digitales son aspectos fundamentales para consolidar un ecosistema académico seguro y accesible. Area Moreira (2025) destaca que la IA en educación debe ser utilizada como un recurso para potenciar el aprendizaje, pero su implementación requiere criterios éticos que garanticen la diversidad académica y la autonomía institucional.

El futuro del m-learning dependerá de la capacidad de las universidades para adaptar sus marcos normativos a los avances tecnológicos, asegurando que la digitalización de la enseñanza se realice bajo principios de equidad y transparencia. La creación de estándares internacionales sobre educación digital permitirá establecer criterios comunes para la regulación de plataformas educativas, promoviendo un acceso inclusivo al conocimiento. La supervisión humana en la gestión de sistemas automatizados será clave para preservar la calidad académica y evitar que la personalización del aprendizaje limite la diversidad de enfoques teóricos en la enseñanza superior.

La expansión del m-learning y el uso de inteligencia artificial en educación han puesto de manifiesto la necesidad de desarrollar regulaciones que aseguren que su implementación favorezca la inclusión sin comprometer la equidad educativa. La digitalización de la enseñanza representa un reto para los sistemas jurídicos, que deben adaptar sus normativas a las nuevas condiciones tecnológicas sin afectar los principios esenciales del derecho a la educación. La legislación en materia de educación digital debe contemplar aspectos como la accesibilidad, la protección de datos personales y la autonomía universitaria, traducidos en medidas prácticas anti-brecha digital con indicadores verificables, garantizando que la inteligencia artificial se integre de manera ética y equitativa en los procesos de aprendizaje.

El avance del m-learning ha redefinido la educación superior, transformando el acceso al conocimiento y la interacción entre estudiantes y docentes. Como se ha analizado, su integración plantea importantes desafíos desde una perspectiva constitucional (art. 18.4 y 27 CE), especialmente en lo referente a la equidad educativa, la protección de datos y la autonomía universitaria. La digitalización ha permitido optimizar la gestión del conocimiento, pero su implementación requiere un marco normativo sólido que garantice la transparencia y el respeto a los derechos fundamentales. La IA es una herramienta valiosa, pero su uso debe estar regulado. El futuro del m-learning dependerá de la capacidad de las instituciones para pasar del análisis de riesgos a la praxis reguladora. No basta con equilibrar la innovación con la supervisión humana; es imprescindible implementar una gobernanza algorítmica efectiva, mediante cláusulas tipo de transparencia, y políticas activas con indicadores medibles contra la brecha digital. Solo así se asegurará que la digitalización de la enseñanza refuerce la calidad educativa sin comprometer la equidad ni la autonomía de los estudiantes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Robles, T. (2023). *Regulación constitucional del aprendizaje digital*. Madrid: Editorial Jurídica
- Area Moreira, M. (2025). *Didáctica para el pensamiento crítico en la educación superior con IA*. Barcelona: Ediciones Académicas
- Cabrera Delgado, J. (2025). *Protección de datos en entornos digitales universitarios*. Madrid: Editorial Jurídica
- Calasso, R. (2017). *El impacto de la IA en el pensamiento académico*. Barcelona: Ediciones Filosofía Digital
- Cardon, D. (2016). *Los algoritmos en la educación: riesgos y oportunidades*. París: Le Seuil
- Cazurro Barahona, L. (2025). *Brecha digital y desafíos normativos en educación universitaria*. Valencia: Editorial Constitucional
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Coeckelbergh, M. (2020). *Ética y supervisión de inteligencia artificial en universidades*. Londres: Routledge
- Cordón García, J. (2023). *Evaluación automatizada y transparencia académica en entornos digitales*. Salamanca: Ediciones Universidad

- Crawford, K. (2021). *Desigualdad digital y acceso al conocimiento en la era del m-learning*. Nueva York: Oxford University Press
- D'Aloia, A. (2020). *Regulación de IA y educación digital en Europa*. Bolonia: Il Mulino
- Delgado-Ramos, C. (2025). *Supervisión algorítmica en evaluación académica*. Ciudad de México: UNAM
- Fernández-Ruiz, A. (2025). *Impacto de los algoritmos en la autonomía académica*. Buenos Aires: Ediciones Digital
- Floridi, L. (2022). *Protección de datos y ética en la automatización educativa*. Berlín: Springer
- Foer, F. (2017). *La influencia de la inteligencia artificial en la educación y el pensamiento crítico*. Nueva York: Penguin
- Gómez-Santos, L. (2025). *Perfilado automatizado y equidad en el acceso al conocimiento*. Sevilla: Ediciones Jurídicas
- Goodfellow, I., Bengio, Y. & Courville, A. (2016). *Deep Learning*. Cambridge: MIT Press
- González, A. (2024). *Brecha digital y políticas públicas en educación universitaria*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica
- Hildebrandt, M. (2015). *Privacidad y regulación de IA en el ámbito académico*. Ámsterdam: Amsterdam University Press
- Jardón, M. et al. (2024). *Impacto de la IA en la educación superior: percepciones de alumnos y profesores*. Madrid: Ediciones Universitarias
- Jiménez Pintado, F. (2024). *Constitucionalismo digital y regulación de la educación online*. Barcelona: Ediciones Jurídicas
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 294, de 6 de diciembre de 2018, pp. 119788-119857.
- López-Galiano, J. (2023). *Algoritmos de personalización en plataformas de educación superior*. Madrid: Universidad Complutense
- Martínez-Carrasco, R. (2024). *Derechos digitales y protección de datos en educación móvil*. Málaga: Editorial Académica
- Navarro-Pérez, E. (2023). *Evaluación educativa automatizada: impacto en el rendimiento académico*. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional
- Pasquale, F. (2020). *La automatización de la evaluación educativa: regulación y desafíos jurídicos*. Chicago: University of Chicago Press

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 119/1, de 4 de mayo de 2016.
- Resta, P. (2019). *Universidades digitales: autonomía y supervisión estatal en la educación online*. Roma: Edizioni Accademiche
- Rodríguez-Castaño, B. (2024). *Inteligencia artificial y docencia: el futuro de la interacción académica*. Bogotá: Ediciones Digitales
- Sassi, S. (2021). *Comparativa de regulaciones sobre IA y educación digital en distintos países*. Bruselas: European Policy Studies
- Serrano-Vidal, A. (2024). *Códigos éticos en la gestión de datos educativos*. Barcelona: Ediciones Académicas
- Siemens, G. & Baker, R.S.J.D. (2012). *Learning Analytics y minería de datos educativos*. Vancouver: Ediciones Open Learning
- UNESCO (2023). *Informe sobre estándares en protección de datos y educación digital*. París: UNESCO
- UNICEF (2025). *Informe sobre acceso equitativo a la educación digital en América Latina*. Disponible en: <https://www.unicef.org>
- Vega-López, R. (2024). *Supervisión ética de la IA en evaluación académica*. Madrid: Ediciones Universitaria

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿INNOVACION O AMENAZA PARA LAS GARANTIAS PROCESALES EN LA JUSTICIA PENAL?

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: INNOVATION OR THREAT TO PROCEDURAL GUARANTEES IN CRIMINAL JUSTICE?

CARLA IRENE FURINGO¹

Doctoranda en Ciencias Jurídicas Universidad Católica
(Buenos Aires, Argentina)

Sumario: *I.- Introducción, II.- Concepto de Inteligencia Artificial, III.- algoritmo y opacidad algorítmica, IV-Inteligencia artificial y proceso penal: ¿Herramienta de fortalecimiento de derechos fundamentales o amenaza para las garantías procesales?, 1.1 Derecho a tutela judicial efectiva, 1.2 Presunción de inocencia e Inteligencia artificial, 1.3 El derecho de defensa ante el uso de la inteligencia artificial, V-Marco jurídico de la inteligencia artificial en el ámbito del proceso judicial español: 2.1 La IA como prueba electrónica, 2.2. La IA como prueba científica, 2.3 la cientificidad de la prueba, 2.4. Cadena de custodia, 2.5 la figura del perito en la prueba por IA, VI. Niveles de riesgo de la inteligencia artificial en el proceso penal: 3.1 inteligencia artificial predictiva, 3.2 IA de identificación biométrica, VII. Conclusión, VIII. Bibliografía.*

¹ Doctoranda en Ciencias Jurídicas Universidad Católica (Buenos Aires, Argentina). Graduada de abogada en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora año 2003, especialista en justicia constitucional y crimen organizado por la Universidad de Bolonia, profesora adjunta en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, cátedra instrumento del derecho Comercial, integrante del proyecto de investigación PICTO 2017-0032 de la Universidad Católica Argentina, integrante del proyecto de investigación del Centro de estudios judiciales de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Agente fiscal en la provincia de Buenos Aires Argentina, correo carla.furingo@yahoo.com.ar.

Resumen: La integración de la inteligencia artificial (IA) en la justicia penal genera tensiones entre la eficiencia judicial y el respeto de los derechos y garantías procesales fundamentales. Si bien la IA puede, sin duda, agilizar los procedimientos, mejorar la administración y proporcionar herramientas predictivas para la toma de decisiones, también plantea serios riesgos debido a posibles sesgos y opacidad algorítmica, donde se puede ver vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, o la presunción de inocencia. Para garantizar un juicio justo, es esencial la implementación de mecanismos de supervisión humana, transparencia y rendición de cuentas. Un despliegue ético, legal y basado en los derechos humanos es crucial para mantener el equilibrio entre un sistema de justicia penal basado en los derechos y estas nuevas tecnologías.

Palabras clave: Inteligencia artificial, justicia penal garantías fundamentales.

Abstract: The integration of artificial intelligence (AI) into criminal justice creates tensions between judicial efficiency and respect for fundamental procedural rights and guarantees. While AI can undoubtedly expedite procedures, improve administration, and provide predictive tools for decision-making, it also poses serious risks due to potential biases and algorithmic opacity, which can undermine the right to effective judicial protection, the right to a defense, or the presumption of innocence. To guarantee a fair trial, the implementation of human oversight, transparency, and accountability mechanisms is essential. An ethical, legal, and human rights-based deployment is crucial to maintaining a balance between a rights-based criminal justice system and these technologies.

Key words: Artificial intelligence, criminal justice, fundamental guarantees.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización de la inteligencia artificial ha revolucionado el mundo, desempeñando un papel fundamental en el ámbito de la justicia penal, su aplicación no es solo en materia de prevención del delito sino también en la investigación criminal y el proceso judicial.

Las herramientas basadas en IA se han vuelto indispensables para el análisis de datos y la identificación de tendencias delictivas, ofreciendo información que antes era inalcanzable. Estas herramientas pueden analizar enormes volúmenes de datos legales y financieros

para discernir patrones y tendencias, fundamentales para comprender y prevenir actividades delictivas². La capacidad de la IA para procesar y visualizar conjuntos de datos complejos permite detectar rápidamente tendencias emergentes y amenazas potenciales.

Este estudio se propone examinar cuáles son los beneficios como así también los riesgos éticos asociados al uso de la inteligencia artificial en el sistema de justicia penal. Adelantamos nuestra postura que somos partidarios de la aplicación de la innovación y la tecnología en todos los aspectos de la vida cotidiana de los hombres, incluyendo el jurídico. Así también, debemos ser conscientes que su implementación plantea importantes consideraciones y desafíos éticos, en materia de justicia penal, planteando con especial énfasis los problemas derivados de la automatización, la afectación de las garantías constitucionales de del derecho a defensa presunción de inocencia y tutela efectiva.

El objetivo de este trabajo de investigación es contribuir a un debate informando sobre cómo utilizar los potenciales de estas nuevas tecnologías, y al mismo tiempo que su uso garantice la protección de los derechos humanos fundamentales y la integridad del sistema de justicia.

Por lo tanto en primer lugar vamos a analizar el concepto de IA, en segundo lugar, vamos a examinar el impacto de la inteligencia artificial en la justicia penal, estableciendo si fortalece los derechos fundamentales o es una amenaza para las garantías constitucionales, asimismo vamos a estudiar la inteligencia artificial dentro del proceso penal español como prueba electrónica, jurídica y científica, analizando la opacidad algorítmica y estableciendo los niveles de riesgos que existen con su utilización en el proceso penal .-

II. CONCEPTO DE INTELIGENCIA IA

En la actualidad existen múltiples definiciones de que se entiende por (IA). Los autores Russell & Norvig³, señalan que la inteligencia artificial es la ciencia que busca crear sistemas que piensen o actúen como los humanos, o piensen o actúen racionalmente. La inteligencia artificial, como inteligencia que puede resolver problemas como la inteligencia humana, se denomina inteligencia artificial general, que se distingue de la inteligencia artificial limitada.

² TORRES, M, La inteligencia artificial predictiva al servicio de la prevención e investigación del delito y del proceso penal, Revista Usal, vol. 183 año 2024.

³ RUSSELL, S. & NORVIG, P., La Inteligencia Artificial, Pearson Prentice Hill, Madrid.2004.

A diferencia de lo señalado anteriormente se advierte coincidencia por parte de la doctrina sobre la llamada teoría triárquica de la inteligencia realizada por el catedrático Robert J. Sternberg⁴, que nos ayuda a comprender mejor la IA. Según esta teoría, existen tres tipos de inteligencia: (i) inteligencia analítica o de componentes, la capacidad de adquirir, almacenar, modificar y procesar información; (ii) inteligencia práctica o contextual, que describe la capacidad humana de adaptarse al entorno; y (iii) inteligencia creativa o experiencial, la capacidad de aprender de la experiencia.

En este sentido, es necesario señalar el concepto de inteligencia artificial realizado por la Comisión Europea, que lo define como un sistema informático con la capacidad de hacer tareas sin la intervención humana, por lo que cuando los algoritmos de aprendizaje se están ejecutando, no existe un control humano sobre la combinación y comparación de los datos⁵. De igual modo, debemos traer a colación la reciente definición del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligenciar artificial, en su artículo 3.1): la cual la define como un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”⁶.

III. ALGORITMOS Y OPACIDAD ALGORÍTMICA

En consecuencia, para hablar de IA, primero debemos examinar los algoritmos como componente fundamental del análisis y la comparación de datos; además, debemos considerar las bases de datos y

⁴ Teoría expuesta en Sternberg, R.J. (1985). *Beyond IQ: A Triarchic Theory of Intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁵ Comisión Europea (2018). IA para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2018) 237 final [SWD (2018) 137 final] Bruselas, 25 de abril de 2018, 1.

⁶ Parlamento Europeo (2024). Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se están brecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

el big data. Esto nos lleva a los dos pilares principales de la inteligencia artificial: los algoritmos y las bases de datos.

La real academia española define algoritmo como “conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten hallar la solución de un problema”⁷, es decir, una serie de ecuaciones matemáticas interrelacionadas generan un resultado. Estos algoritmos operan con una gran base de datos, identifican patrones y aprenden de ellos para predecir eventos futuros. Por lo tanto, su desarrollo requiere un proceso lógico-matemático basado en la recopilación, preparación y análisis de datos para obtener resultados fiables.

Los algoritmos se implementan de la siguiente forma:

i) Recopilación y preparación de datos: Esto incluye definir los datos que se recopilarán y el método de recopilación, así como identificar a los responsables de la recopilación de datos y las variables; ii) Desarrollo de algoritmos e implementación de IA: Los algoritmos y la IA se comportan según reglas programadas y, por lo tanto, deben ser útiles, fiables y relevantes para la población; iii) Definición de los protocolos administrativos necesarios para la comercialización del producto: Dado que la IA no necesariamente comprende el contexto simplemente aplicando un algoritmo predefinido, cualquier decisión que afecte a una vida humana debe estar sujeta a supervisión; y iv) Interacción del producto con el marco legal: El acceso público a la información es necesario para la toma de decisiones participativa, lo que requiere el desarrollo de una política de datos abiertos por parte del gobierno.

La inteligencia artificial (IA) nos acompaña desde hace años, operando siempre según los algoritmos descritos. Sin embargo, en los últimos años ha experimentado un cambio de paradigma⁸. Ya no se limita al razonamiento determinista basado en los criterios definidos por un programador para dichos algoritmos. En cambio, se están implementando sistemas de aprendizaje automático que permiten a la IA aprender de sus errores y mejorar de forma autónoma, de manera similar a como los humanos interpretan y razonan. El programador ya no puede analizar el algoritmo ni comprender las decisiones de

⁷ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es/algoritmo> visto el 18/07/2025.

⁸CATERINI, M. (2022). El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la inteligencia artificial. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, pág. 35, 4.

la IA⁹. Como veremos más adelante, esto representa una desventaja significativa para su aplicación en procesos penales.

Con el aumento de la complejidad de la IA, el algoritmo depende más de las variables contextuales y las pondera de forma diferente a medida que analiza su significado y los patrones que reconoce. En este punto, los patrones que la IA utilizó para llegar a sus conclusiones se vuelven irreconocibles, lo que pone en entredicho la legitimidad de las decisiones tomadas¹⁰. Aquí se pueden distinguir los diferentes tipos de inteligencia artificial (IA)¹¹. Por un lado, están las llamadas IA débiles, que resuelven problemas con variables definidas. Esto incluye también las IA que utilizan algoritmos predefinidos pero carecen de capacidades de aprendizaje automático. Por otro lado, está la IA general. Esta abarca las IA que pueden resolver tareas intelectuales que los humanos con habilidades de razonamiento lógico también pueden realizar y que superan la prueba de Turing. Integran el aprendizaje automático y crean sus propias redes neuronales.

En resumen, la IA se basa en algoritmos predefinidos por el programador. Dependiendo de si se integra o no el aprendizaje automático, se crean sistemas que operan de forma más o menos autónoma y pueden gestionar tareas de mayor o menor complejidad. Mientras que la IA débil repite sistemáticamente lo que se le ha programado y también muestra los errores que encuentra, la IA general es capaz de analizar resultados, visualizar errores y corregirse a sí misma. Se puede decir que aprende de forma independiente; de ahí el término «aprendizaje automático». En este punto, cabe mencionar los conceptos de caja negra y caja blanca.

Se habla de caja negra u opacidad algorítmica cuando se desconocen el contenido y la funcionalidad de un algoritmo, así como su estructura y programación. Por lo tanto, es imposible saber cómo funciona internamente la IA para alcanzar el resultado final. En estos casos, se solicitan datos a la IA, esta los proporciona, pero se desconoce cómo los procesó y comparó, por lo tanto si se utilizan en el proceso penal se estaría violando garantías constitucionales fundamentales

⁹BORGES BLAZQUEZ, R. (2020). Sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. IUS ET SCIENTIA, pág. 54-71.

¹⁰PEREZ ESTRADA, M.J. (2019). Capítulo XI. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías, en S. Barona Vilar, *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad* (238-239). Tirant Lo Blanch.

¹¹MORALES HIGUITA, L.; AGUDELO LONDOÑO, S.; MONTOYA RAIGOSA, M. y MONTOYA VIDALES, A.M. (2021). Inteligencia artificial en el proceso penal: análisis a la luz del Fiscal Watson. *Pensamiento Jurídico*, pág. 54, 147-164.

como el derecho de defensa y la presunción de inocencia, como ya lo hemos plasmado anteriormente¹².

Las cajas negras representan el principal obstáculo para la admisibilidad de la IA como prueba en procesos penales. En contraste, existen las cajas blancas. Se trata de sistemas de IA desarrollados con pleno conocimiento de la estructura interna del algoritmo y del software. En estos casos, el programador comprende el sistema interno, así como su procesamiento y análisis de datos. Esto permite comprender los resultados y las conclusiones del algoritmo. Los sistemas de caja blanca deberían ser obligatorios en todos los sistemas de IA destinados a ser utilizados como prueba en procesos penales, ya que nos permiten supervisar y verificar sus procesos internos.

Todos los sistemas de IA destinados a ser utilizados como prueba en procesos penales deberían estar obligados a utilizar sistemas de caja blanca, ya que estos sistemas nos permiten supervisar y verificar sus procesos internos.

Es innegable que cada vez se desarrollan más sistemas de IA capaces de realizar tareas cada vez más diversas, lo que conlleva su uso generalizado y, por tanto, su presencia en la esfera pública. Esta proliferación, a su vez, también entraña peligros potenciales y la violación de derechos fundamentales mediante el uso de la IA.

En este trabajo solo presentaremos brevemente los sistemas de IA más comunes y utilizados en comisarías y juzgados españoles,¹³ conscientes de que esta descripción general quedará obsoleta con el tiempo debido al rápido desarrollo de estas tecnologías.

IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROCESO PENAL: ¿HERRAMIENTA DE FORTALECIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES O AMENAZA PARA LAS GARANTÍAS PROCESALES?

La incorporación del sistema de IA en el ámbito jurídico constituye una transformación en la función jurisdiccional. El sistema jurídico, es el instrumento esencial del estado mediante el cual los tribunales

¹²RAMIREZ CARABAJAL, D.M. (2021). El debido proceso de cara a las cajas negras, en D. Guerra Moreno. *Constitución y justicia digital* (185-204). Grupo Editorial Ibáñez.

¹³Para ahondar en detalle sobre más herramientas de IA que se usan en el ámbito policial y judicial véase Cuatrecasas Monforte, C. (2022). *La Inteligencia Artificial en el proceso penal de instrucción español: posibles beneficios y potenciales riesgos*. [Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull].

resuelven y dirimen los conflictos intersubjetivos y sociales dentro de una comunidad¹⁴, se fundamenta en un conjunto de principios, derechos y garantías a los que las partes tienen derecho para asegurar la igualdad en todo momento. Más específicamente, el procedimiento penal se establece como el medio por el cual se tipifica un delito y se impone una pena; es, por lo tanto, el instrumento del que dispone el Estado para aplicar el derecho penal, en virtud de los principios del Estado de derecho.¹⁵

La introducción de la IA en el proceso penal no es neutral. El modelo constitucional español de procedimiento penal se caracteriza por su perfil garantista, orientado a la protección de los derechos fundamentales de las personas sometidas a persecución penal. El artículo 24 de la Constitución Española reconoce, entre otras garantías, el derecho a un proceso con todas las garantías, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, y los derechos a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa (Constitución Española, 1978). Estas garantías son pilares indispensables del Estado de Derecho y representan obstáculos insuperables para cualquier innovación tecnológica.

En esta orden de ideas, la integración de la IA en los procesos penales representa un verdadero reto para el mantenimiento del estado de derecho¹⁶. El uso de sistemas de IA como herramienta de apoyo a la administración de justicia, particularmente durante las fases de investigación y juicio, está bien establecido¹⁷. Dado que su uso será permanente, la búsqueda de eficacia y eficiencia mediante el uso de sistemas de IA, y los beneficios asociados, no deben implicar una vulneración de los derechos humanos fundamentales.

IV.1. Derecho a tutela judicial efectiva

Dentro de un marco jurídico como la Constitución española, que se caracteriza por su énfasis en garantizar el tratamiento constitucional de los sistemas de protección de derechos y libertades, el derecho a la tutela judicial efectiva reviste especial importancia. Esto

¹⁴ASENCIO MELLADO, J. M. (2008). *Introducción al Derecho Procesal*. Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁵GOLD SCHMIDT, J. (2021). *Derecho procesal penal y garantías constitucionales*. Editorial Jurídica.

¹⁶SAN MIGUEL CASO, E. (2023). Justicia penal, inteligencia artificial y control democrático. *Revista de Derecho y Tecnología*, 19(1),pág. 89–115.

¹⁷DE HOYOS SANCHO, M. (2021). Inteligencia artificial y proceso penal: potencialidades y riesgos. *Revista General de Derecho Procesal*, (54), pág. 1–32.

se debe a que supone, por primera vez, el reconocimiento de una serie de derechos y garantías procesales, cuyo ejercicio se limita a los procedimientos ante los tribunales ordinarios¹⁸. El derecho a la tutela judicial efectiva es amplio y complejo, e incluye, en resumen, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a una decisión motivada y jurídicamente sólida, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de apelación¹⁹.

En las últimas décadas, la ineficiencia de la administración judicial se ha hecho cada vez más evidente, reforzando la necesidad de mejorar el derecho a la tutela judicial efectiva y vinculándolo así a la transformación del modelo judicial. En el contexto de la inteligencia artificial (IA), la integración de esta tecnología en el sistema de justicia presenta importantes oportunidades y desafíos para garantizar la preservación y el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y para diseñar sistemas con potencial de mejora en este ámbito. En cualquier caso, debe reconocerse que la eficiencia del sistema de justicia mediante la integración de la IA es fundamental para una cultura de paz²⁰. Las aplicaciones de esta herramienta incluyen, en primer lugar, la automatización de procesos burocráticos, lo que facilita la gestión de expedientes, la asignación de casos y la programación de audiencias, evitando así retrasos innecesarios²¹. En segundo lugar, apoya la toma de decisiones mediante el análisis de grandes conjuntos de datos y jurisprudencia relevante, brindando a los profesionales del derecho acceso a más información y permitiéndoles tomar decisiones mejor fundamentadas. En tercer lugar, la IA se utiliza en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos, por ejemplo, a través de chatbots de mediación o arbitraje.

Consideramos beneficioso el uso de sistemas predictivos y herramientas inteligentes para apoyar a jueces y fiscales. Sin embargo, sostenemos que, según la Constitución Española y la Ley del Poder Judicial, la administración de justicia y la ejecución de sentencias — es decir, el poder judicial— deben ser ejercidas por jueces humanos, no por sistemas basados en inteligencia artificial. Si bien los sistemas de IA pueden suplir la falta de recursos materiales, humanos y financieros, esto debe hacerse siempre salvaguardando los derechos

¹⁸RUIZ-RICO, G; CARAZO LIEBANA, M.J. (2013). El derecho de la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial, Tirant lo Blanch.

¹⁹PICO JUNOY, J. (2012), Las garantías constitucionales del proceso, Bosch Editor

²⁰FONTESTAD PORTALES, L. (2023). «Eficiencia procesal versus jurisdicción», La Ley Actualidad Civil, 11, pág. 1-12.

²¹NIEVA FENOLL, J. (2016). «La razón de ser de la presunción de inocencia», InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 1, pág. 1-23.

y garantías de las partes, como el derecho a la tutela judicial efectiva. Sustituir a un juez por un juez humano contradiría el concepto mismo del poder judicial y el derecho legalmente garantizado a un juez imparcial²².

El uso de estos mecanismos como herramientas para los jueces no puede ser irrestricto, dados los desafíos éticos y legales que conlleva. El problema del sesgo algorítmico es particularmente relevante: la inteligencia artificial se entrena con una amplia gama de datos históricos, que pueden contener sesgos de índole racial, de género o socio-económica. Si estos sesgos no se eliminan, podrían generar recomendaciones que perpetúen las desigualdades y, por lo tanto, pongan en peligro la igualdad ante la ley y la imparcialidad judicial. Asimismo, puede haber falta de transparencia y explicabilidad, ya que los algoritmos son complejos y difíciles de comprender para los profesionales del derecho y la ciudadanía, dado que se generan mediante fórmulas matemáticas complejas²³.

La falta de comprensión o la omisión de cuestionar las conclusiones de una IA sin justificación alguna vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juicio justo²⁴. El apoyo del sistema es una condición, no el único factor decisivo para el juez. En este sentido, alegar indefensión por la falta de explicabilidad de los elementos subyacentes al algoritmo podría equivaler a que el experto no solo justificara su pericia, sino que también revelara cada elemento que lo condujo a ella²⁵. Cabe señalar también que la función del juez no se limita únicamente a dictar y ejecutar el veredicto, sino que, como parte de sus deberes, también debe garantizar los derechos y garantías de las partes durante todo el procedimiento, puesto que la decisión final —culpable o no culpable— es el resultado de un largo proceso que difícilmente puede estandarizarse mediante una máquina.

²²BUENO DE MATA, F. (2020). «Macro datos, Inteligencia Artificial y proceso: luces y sombras», *Revista General de Derecho Procesal*, 51, pp. 1-31.

²³La dificultad en las operaciones de su desarrollo puede dar lugar a «cajas negras de datos» en las que el proceso de toma de decisiones no sea comprensible. Es esencial que todas las partes comprendan cómo y por qué el algoritmo llegó a tomar esa decisión haciendo así efectivo el derecho a recurrir la decisión tomada.

²⁴CANCIO FERNANDEZ, R.C. (2020). ¿Sueñas los jueces con sentencias electrónicas?, *Revista Análisis Jurídico-Político*, (2), 3, pág. 145-168.

²⁵CASTELLANOS CLARAMUNT, J; MONTERO CARO, M.D. (2020). «Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia* (6)2, pág. 72-82.

IV.2. Presunción de inocencia e Inteligencia artificial

Todo sistema de justicia penal presenta la presunción de inocencia como un elemento clave,²⁶ porque someter a una persona a un proceso penal como sujeto pasivo conlleva su estigmatización como sospechoso y puede resultar automáticamente en su exclusión social²⁷. Su reconocimiento en el artículo 24.2 de la Constitución Española implica que opera como norma de juicio en el proceso,²⁸ que se aplica en la valoración de la prueba, tanto en lo relativo a la estructura procesal como a la determinación de los hechos. La presunción de inocencia implica, por tanto, que la persona investigada o acusada debe ser tratada como inocente en todo momento, hasta que una sentencia firme y definitiva demuestre lo contrario. Constituye una garantía que debe mantenerse y garantizarse a lo largo de todo el proceso penal y, por consiguiente, en todas sus fases.

Sin embargo, los parámetros del algoritmo de IA pueden incluir evaluaciones que podrían influir en la presunción de inocencia²⁹, y el uso de esta tecnología no debe imponer restricciones, y mucho menos menoscabar este derecho. Actualmente, existen diversos instrumentos que pueden afectar este derecho. Por ejemplo, existen evaluaciones de riesgo de reincidencia. Los sistemas de IA utilizados para evaluar el riesgo de reincidencia entre los acusados pueden influir en las decisiones relativas a la aplicación de medidas preventivas como la prisión preventiva. Estas evaluaciones suelen basarse en datos históricos que pueden reflejar sesgos geográficos o raciales. En Estados Unidos, por ejemplo, existe el sistema COMPAS (Gestión Correccional de Delincuentes para Sanciones Alternativas), un software que evalúa el riesgo de reincidencia del acusado y asesora al juez sobre el tipo y la duración de la pena aplicable³⁰. Pro Publica realizó un estudio so-

²⁶La importancia de este derecho se deriva de su reconocimiento en los instrumentos internacionales. Véase en este sentido el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en virtud de cual toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad. Así, se recoge de igual modo en el CEDH, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o en el art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁷NIEVA FENOLL, J. (2016). «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, pág. 1-23.

²⁸Véase la STC 128/1995, de 16 de julio, Rec. 993/1995.

²⁹SCHUMAN BARRAGAN, G. (2021) «La inteligencia artificial aplicada al proceso penal desde la perspectiva de la UE», en S. Pereira Puigvert; F. Ordoñez Ponz (Dirs.), *Investigación y proceso penal en el Siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos*, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 517-540.

³⁰BORGES BLAZQUEZ, R. (2020). «El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, (6)2, pp. 54-71.

bre COMPAS que alertó sobre una posible discriminación algorítmica contra las personas afrodescendientes, lo que podría conllevar una violación de la presunción de inocencia³¹. Esto demuestra que el uso de la IA en los procesos penales plantea riesgos significativos para la presunción de inocencia, un derecho fundamental dentro del sistema de justicia penal. La naturaleza de la IA y las decisiones basadas en patrones y estadísticas pueden llevar a las autoridades a clasificar erróneamente a individuos como culpables o peligrosos, incluso sin pruebas concluyentes que refuten dicha presunción. Por lo tanto, es esencial que el uso de la IA en el sistema de justicia penal esté sujeto a regulaciones estrictas que garanticen la transparencia y el acceso a la información. Igualmente importante es la inclusión de mecanismos de supervisión humana que permitan la revisión y el análisis de los resultados algorítmicos, salvaguardando así los derechos fundamentales y las garantías procesales del acusado.

IV.3. El derecho de defensa ante el uso de la inteligencia artificial

En esta orden de ideas, no debemos ignorar el riesgo que el uso de la IA en los procesos penales supone para el derecho a la defensa. Este derecho es un derecho público constitucionalmente consagrado que corresponde a todo acusado, otorgándole la oportunidad de impugnar su sentencia³². Esto concierne a un derecho que, junto con la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos fundamentales de la ciudadanía y está estrechamente vinculado al Estado de Derecho. Según el proyecto de Ley Orgánica del Derecho a la Defensa³³, que se publicará próximamente tras su aprobación por el Congreso el 30 de octubre de 2024, el derecho a la defensa comprende la asistencia letrada, el acceso a los tribunales, la prevención de dilaciones indebidas y una decisión judicial justa. En particular, en el ámbito penal, incluye el derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a declararse inocente, la presunción de inocencia y el derecho de apelación.

³¹ROA AVELLA, M; SANABRIA MOYANO, J.E; DINAS HURTADO, K. (2022). «Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos de los derechos humanos», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (8)1, pág. 275-310.

³²ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. (2014). «Sobre el derecho de defensa en la mediación penal», en V.C Guzmán Fluja; I. Flores Prada (Dir.), *Justicia penal y derecho de defensa*, Tirant loBlanch.

³³Texto disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-6-4.PDF

Al abordar el derecho a la defensa, debemos considerar también el principio de igualdad de armas, que debe respetarse durante todo el proceso para evitar consecuencias adversas o la pérdida de los derechos del acusado. Este debe tener las mismas oportunidades y acceso a los recursos que la parte contraria al presentar pruebas en su defensa ³⁴. La particular importancia de este derecho nos lleva a considerar los riesgos derivados del uso de la IA en los procesos penales. En primer lugar, analizamos la posible dificultad de impugnar las denominadas «pruebas algorítmicas». Con base en el principio de contradicción, entendemos que el uso de algoritmos para recopilar o analizar pruebas en redes sociales, dispositivos técnicos o sistemas de reconocimiento facial puede menoscabar la capacidad de la defensa para impugnarlas. Una configuración defectuosa del algoritmo puede generar falsas alarmas que, sin la debida supervisión humana, pueden perjudicar a las personas. Reiteramos que los sistemas de reconocimiento facial presentan tasas de error significativas, las cuales —al igual que ocurre con los sistemas de vigilancia predictiva— son mayores para ciertos grupos de población. En este sentido, cuando la defensa intenta impugnar una identificación o prueba obtenida mediante IA, puede encontrar importantes obstáculos y limitaciones técnicas que ponen en peligro el principio de igualdad de armas y, por tanto, el derecho a la defensa.

En segundo lugar, y en relación con los puntos mencionados anteriormente, el uso de la IA requiere un profundo conocimiento técnico para cuestionar las pruebas presentadas. En muchos casos, la defensa carece de los recursos necesarios para contratar expertos en análisis técnico. Esto genera un desequilibrio en el proceso, ya que el Estado que dispone de los recursos para utilizar la IA invariablemente tiene un acceso superior a ella. En tercer lugar, la suposición de que los algoritmos son infalibles puede llevar al poder judicial a confiar ciegamente en sus resultados, creando así un sesgo automatizado. Por lo tanto, consideramos que existe un sesgo institucional cuando el resultado de un algoritmo se considera más fiable que las declaraciones de los testigos o del acusado, o posteriormente imputado. Esto conlleva que los argumentos de la defensa pierdan peso frente a los resultados algorítmicos. En cuarto lugar, el reconocimiento y la implementación del acceso a las actuaciones procesales son esenciales en el marco del derecho a la defensa. Este derecho de acceso al expediente del acusado es una de las manifestaciones fundamentales del

³⁴RODRIGUEZ BLANCO, A. (2024). «Detectando los riesgos de la Inteligencia Artificial en la instrucción penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 64, pág. 1-66.

derecho a un juicio justo y del derecho a la defensa³⁵. Este derecho también incluye la divulgación de los resultados de la investigación y las modificaciones derivadas, así como el derecho a inspeccionar el expediente del caso. Esto último comprende el acceso a todos los materiales, documentos, grabaciones, vídeos y fotografías³⁶. Por lo tanto, los elementos obtenidos mediante algoritmos complejos y técnicas de aprendizaje de *deep learning* pueden ser difíciles de interpretar. Si la defensa no puede acceder a los datos y métodos que sustentan una decisión algorítmica, resulta difícil impugnar su validez.

V. MARCO JURÍDICO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO DEL PROCESO JUDICIAL ESPAÑOL

Como se mencionó en la sección anterior, actualmente nos encontramos en el apogeo del desarrollo de la IA, incluso en el ámbito jurídico. Por lo tanto, es crucial analizar la importancia de estos métodos de investigación y, en particular, qué tipo de pruebas se pueden obtener mediante herramientas de IA. Dado que se trata de un fenómeno relativamente nuevo y la legislación suele ir a la zaga, no existen regulaciones sobre la IA como prueba. Me atrevería a decir que pasarán años antes de que el Código de Procedimiento Penal incluya una disposición específica sobre esta tecnología. Hasta entonces, no nos queda más remedio que examinar las disposiciones legales vigentes que permiten la IA como prueba, definir los requisitos para su admisibilidad y aclarar cómo deben evaluarla los jueces y tribunales.

En este contexto, algunos juristas han propuesto diversos tipos de pruebas que podrían servir como normas complementarias para las pruebas obtenidas mediante inteligencia artificial. En esta sección, analizaremos si se requiere una redacción específica para regular las pruebas obtenidas mediante esta tecnología, o si, por el contrario, resulta innecesaria conforme a la normativa vigente.

³⁵Véase la Circular 3/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales.

³⁶MUERZA ESPARZA, J. (2023). «Algunas cuestiones sobre el derecho de información del investigado», 3, pág. 616-643.

V.1. La IA como prueba electrónica

La evidencia electrónica se entiende generalmente como «información con valor probatorio que se transmite electrónicamente»³⁷. En consecuencia, toda información en medios electrónicos que pueda probar hechos en un procedimiento legal se consideraría evidencia electrónica³⁸. Literalmente, esta definición también se aplica a la evidencia obtenida mediante IA, ya que implica información que se genera y se encuentra en medios electrónicos.

Dado que el LECrim no contiene una disposición explícita sobre la prueba electrónica, recurrimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y encontramos en el artículo 299 la disposición que permite “los medios de reproducción de palabras, sonidos e imágenes, así como los instrumentos que permiten el archivo y el conocimiento o la reproducción de palabras, datos, números y operaciones matemáticas realizadas con fines contables u otros fines pertinentes al procedimiento, de conformidad con las disposiciones de esta “Ley”, lo que se considera la definición de prueba electrónica.

Más allá del debate conceptual en torno a la prueba electrónica, es prácticamente imposible probar algo exclusivamente por medios electrónicos. Por lo tanto, en los procedimientos judiciales, esta prueba se utiliza como prueba documental, y suele consistir en correos electrónicos, mensajes, grabaciones, fotografías e incluso documentos con firmas digitales. Esta prueba se captura y almacena mediante medios y dispositivos tecnológicos, y se acompaña de un informe de análisis forense informático que confirma su autenticidad.

En consecuencia, la prueba electrónica comprende seis elementos: la autenticidad de la fuente, la integridad e inmutabilidad de la prueba, la inmutabilidad de la prueba desde su forma original hasta su presentación, la trazabilidad que permite el acceso a la fuente original, la posibilidad de recuperar la prueba para su revisión posterior, y su durabilidad y preservación a lo largo del tiempo³⁹.

En este punto, resulta evidente que la evidencia electrónica se refiere principalmente a aquella que ha existido durante años y que aho-

³⁷ HERNANDEZ GIMENEZ, M. (2019). Inteligencia artificial y derecho penal. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 10, 813.

³⁸ MUÑOZ RODRIGUEZ, A.B. (2020). El impacto de la Inteligencia Artificial en el Proceso Penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, pág. 695-728.

³⁹ BUJOSA VADELL, L.M., et al. (2021). La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(2), pág. 1347-1384.

ra está en gran medida obsoleta. Sin embargo, los avances tecnológicos han transformado la forma en que se captura y almacena, pasando de lo analógico a lo digital. En otras palabras, hemos reemplazado el correo postal tradicional por correos electrónicos, las fotografías en papel por fotografías digitales y las grabaciones en casete o VHS por grabaciones digitales. Esto ha conllevado un uso más extendido y una mayor huella digital a la que cualquier usuario puede acceder y utilizar como prueba ante un tribunal.

Por lo tanto, el valor probatorio obtenido mediante inteligencia artificial ya no es tan relevante como podría suponerse inicialmente. No obstante, nos proponemos examinar con mayor detalle la cuestión de la prueba electrónica, que se divide en cuatro ámbitos tras la reforma del Código de Procedimiento Penal español (LECrim) de 2015, introducida por la Ley Orgánica 13/2015: la interceptación de comunicaciones telefónicas y electrónicas, la grabación de comunicaciones orales y visuales con dispositivos electrónicos, el uso de dispositivos técnicos para el rastreo, la localización y la captura de imágenes, y el registro de dispositivos de almacenamiento masivo. Además, esto incluye también a agentes cibernéticos encubiertos, rastreadores GPS, el uso de drones y software espía para el control remoto de dispositivos⁴⁰.

Llegados a este punto, surge la pregunta de si la normativa vigente sobre pruebas electrónicas puede compensar la falta de regulación de las pruebas obtenidas mediante inteligencia artificial. El término «pruebas electrónicas» puede resultar engañoso y confuso. A primera vista, podría parecer que las pruebas obtenidas mediante IA son un tipo de prueba electrónica, puesto que implican información generada y almacenada por dispositivos electrónicos. Sin embargo, tras un análisis más detallado del concepto y su regulación, las pruebas electrónicas se asemejan más a las pruebas digitales. Esto se debe a que consisten en trasladar los métodos probatorios existentes al ámbito digital, adaptándolos a los avances tecnológicos y reflejando la forma en que se recopilan actualmente dichas pruebas, es decir, las que ya existían. En lugar de generarse de forma analógica y almacenarse físicamente, estas pruebas se generan y almacenan ahora digitalmente gracias a las nuevas tecnologías.

Es cierto que mientras que la evidencia electrónica enfatiza la naturaleza de los datos en sí mismos, siendo estos la fuente de la evidencia, en las herramientas de IA, los datos son lo que el algoritmo

⁴⁰ BUENO MATA, F. (2016). Fortalecimiento de garantías procesales y medidas de investigación tecnológica. *Ars Iuris Salmanticensis*, 4, pag 326- 328.

utiliza para generar evidencia. Asimismo en la evidencia electrónica, los datos almacenados en dispositivos electrónicos son la evidencia misma, mientras que en la IA, los datos son la entrada que el algoritmo necesita para generar inferencias que sirven como evidencia. Mientras que en la evidencia electrónica la fuente de la evidencia es la información generada y almacenada en dispositivos electrónicos, en la IA la fuente de la evidencia es la propia IA.

V.2. La IA como prueba científica

En esta orden de ideas y tras haber examinado la posibilidad de que el marco regulatorio para la evidencia electrónica pueda cerrar la laguna legal en lo que respecta a la evidencia de IA —una posibilidad que personalmente no puedo descartar—, ahora es el momento de evaluar el otro tipo de evidencia que los expertos legales han asociado con la evidencia de IA, a saber, la evidencia científica.

Este análisis es más complejo, ya que no existe una legislación específica que regule la prueba científica. En los procesos penales españoles, dicha prueba se obtiene generalmente mediante peritaje.

Para analizar la prueba científica, debemos comprender dos conceptos: la naturaleza científica de la prueba y la opinión pericial. En primer lugar, la prueba científica requiere una base científica sólida; es decir, el método o la técnica empleados para obtenerla deben ser generalmente aceptados por la comunidad científica. En segundo lugar, requiere la figura del perito que realiza la investigación y la presenta ante el juez o tribunal.

En esta orden de ideas para ser clasificadas como pruebas científicas, las pruebas de IA deben cumplir estos criterios. Por lo tanto, a continuación analizamos hasta qué punto los métodos y técnicas de las pruebas de IA son científicamente sólidos y qué papel desempeña el experto que presenta los resultados y explica los procesos subyacentes.

V.3. La cientificidad de la prueba por IA

El primer análisis que debemos realizar al considerar la evidencia de IA como evidencia científica es si siquiera puede considerarse ciencia; es decir, aclarar la cuestión de la validez científica de dicha evidencia.

El debate sobre qué constituye ciencia y qué constituye pseudo-ciencia, o qué es ciencia dura y qué es ciencia blanda, puede ser muy interesante, sobre todo porque nuestra legislación no establece un protocolo específico para la admisibilidad de la evidencia científica.

Es aquí donde la llamada validez científica de la evidencia cobra relevancia⁴¹. Para desarrollar este concepto, debemos remontarnos a 1984, cuando los padres de Jason Daubert presentaron una demanda civil contra Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. Este caso llevó a tribunales internacionales a abordar la validez científica de la evidencia utilizada para establecer los hechos: el llamado «caso Daubert»⁴².

La demanda presentada por los padres de Daubert contra la compañía farmacéutica fue una de las 1700 reclamaciones que alegaban que uno de sus medicamentos patentados (Bendectin, un antihiستamínico utilizado para tratar las náuseas matutinas y los mareos) causaba defectos congénitos en los fetos de mujeres embarazadas cuando se usaba con frecuencia. Ambas partes presentaron dictámenes periciales de sus respectivos especialistas para demostrar la eficacia del medicamento. Debido a la controversia en torno a los diversos estudios presentados por las partes, cuya base científica se consideraba cuestionable, la Corte Suprema de los Estados Unidos desarrolló criterios para evaluar la validez científica de la evidencia⁴³.

Estos requisitos son:

- La teoría o técnica utilizada debe ser verificable.
- La teoría o técnica utilizada debe haber sido publicada y sometida a revisión por pares.
- La técnica científica utilizada debe especificar un margen de error, así como los estándares de su proceso de desarrollo.
- Estas teorías o técnicas científicas deben gozar de una alta aceptación dentro de la comunidad científica.

Una vez establecida la validez científica de la evidencia, debe evaluarse su calidad y fiabilidad⁴⁴. La calidad de la evidencia depende significativamente de la validez científica de la metodología empleada.

⁴¹ VAZQUEZ ROJAS, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24, 65-73.

⁴² VAZQUEZ ROJAS, C. (2015). De la prueba científica a la prueba pericial. *Colección Filosofía y Derecho*. Ed. Marcial Pons

⁴³ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. (509 U.S. 579). 1993.

⁴⁴ GASCON ABELLAN, M. (2010). Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, pág. 81-103.

Las pruebas científicas pueden realizarse mediante diversos métodos, pero no todos gozan del mismo grado de aceptación en la comunidad científica. Por lo tanto, es necesario examinar la metodología utilizada para llevar a cabo la prueba científica específica y asegurar que sea la óptima para el caso en cuestión.

Aplicar estos requisitos al campo de la IA implica que una prueba generada por IA solo puede reconocerse como evidencia científica si el algoritmo utilizado cumple con los mismos requisitos. Esto es comprensible, ya que la mayoría de las herramientas de IA utilizadas en análisis forense replican de forma autónoma los métodos y técnicas aplicados por expertos, optimizando así el proceso y haciéndolo más rentable.

En este sentido, la prueba por IA, pueden considerarse evidencia científica si reproducen con precisión la metodología y la técnica subyacentes. Un ejemplo claro es la identificación biométrica mediante IA. Si la IA emplea la misma metodología establecida y generalmente aceptada en la comunidad científica, podemos reconocer la prueba como científica y, por lo tanto, esclarecer la cuestión de su la cientificidad y la calidad de la prueba.

Otro problema, más complejo, es la fiabilidad de esta evidencia. Toda vez que aún no existen regulaciones explícitas que establezcan un protocolo o estandarización, y los desarrolladores de estas herramientas suelen ser empresas privadas, con la excepción de algunas universidades estatales. Cuando se presentan ante un juez o tribunal pruebas científicas, como análisis de ADN o huellas dactilares de un laboratorio oficial, esto se considera un sello de aprobación. El juez no necesita cuestionar la metodología o técnica empleada, el margen de error de los resultados, la calidad del equipo, la formación del perito, etc., ya que se presume que todo está en regla. Esto contribuye a la admisibilidad de la prueba.

En una prueba de IA, el juez debe asegurarse de que se cumplan todos los requisitos pertinentes. Cada organización utiliza su propio algoritmo para operar su IA. Si bien estos se basan en métodos y técnicas científicamente reconocidos, no existe un protocolo estandarizado que garantice la ejecución de dichas pruebas con un algoritmo aprobado por un panel de expertos. Este problema se complica aún más con algoritmos que utilizan cajas negras, como en este caso. Tampoco existe una normativa europea ni nacional que establezca los criterios mínimos que estas instituciones deben cumplir para que su IA reciba el sello de calidad mencionado. Esto, sumado a todo lo anterior, conlleva que los jueces examinen las pruebas generadas por

IA con mayor cautela y con estándares más exigentes; un proceso que las pruebas de ADN ya han experimentado y que ahora también debe afrontar la IA.

V.4. Cadena de custodia

En cuanto al concepto de cadena de custodia, esta hace referencia a que se garantice que la prueba que ha sido recogida en el lugar del crimen sea la misma que se le muestra al juez en la fase de juicio oral. Para ello existe un registro de cada persona que ha estado en contacto con la prueba, desde el que la recoge hasta el que la presenta en el juicio, pasando por el que la almacena y el que la analiza. En el caso de la prueba por IA no existe una prueba material, pero sí debe registrarse a cada profesional que acceda al software que ejecuta la IA para asegurar que no ha existido ningún tipo de manipulación. A tenor de esto, cerciorarse que los equipos empleados son lo suficientemente seguros frente a cualquier tipo de filtración o hackeo informático.

Por lo tanto, entendemos que las pruebas basadas en IA pueden cumplir con los criterios de rigor científico y fiabilidad, dependiendo del tipo de IA, las técnicas y los métodos empleados los cuales son siempre cruciales. No obstante, cabe señalar que aún queda mucho camino por recorrer para que alcancen el mismo nivel que gozan otro tipo de pruebas científicas, las cuales poseen normas regulatorias y son reconocidas por la comunidad científica.

V.5. La figura del perito en la prueba por IA:

Los dictámenes periciales son una forma de prueba, elaborada en forma de informe técnico por un experto en una disciplina científica específica, como parte de un procedimiento judicial. Constituyen esencialmente otra forma de prueba, pero se diferencian en que son elaborados por un experto o técnico que asiste al juez o, en su caso, a las partes involucradas. Por consiguiente, el experto es la figura clave. Esto plantea la pregunta: ¿Qué es un experto, quiénes son expertos y quiénes pueden actuar como tales? El experto asiste al juez y compensa su falta de conocimientos especializados en áreas muy específicas. Esta función permite al juez obtener una comprensión integral de los hechos que deben ser evaluados; por lo tanto, los dictámenes periciales y la prueba científica siempre están estrechamente vinculados. Por esta razón, el término «dictamen pericial científico» es más preciso.

Por lo tanto, el término «opinión pericial científica» es más apropiado. Esto se aplica sin excepción a las pruebas de IA, ya que un experto debe explicar las técnicas y los métodos utilizados, especialmente cuando se trata de conceptos abstractos como los algoritmos.

Por consiguiente, es crucial recalcar que la admisibilidad de las pruebas de IA es un requisito indispensable para que la IA opere en un entorno de caja blanca, también conocido como IA explicable. Debemos evitar que se repitan los sucesos del caso Loomis y del caso de IA COMPAS⁴⁵, donde se violaron flagrantemente los derechos fundamentales.

Este caso ocurrió en febrero de 2013 tras el arresto y posterior juicio de Eric Loomis, quien fue declarado culpable de robo de vehículo y resistencia al arresto. El caso cobró especial notoriedad cuando su sentencia se determinó mediante una herramienta de evaluación de riesgos basada en inteligencia artificial llamada Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), desarrollada por Northpointe, Inc. COMPAS predice el riesgo de reincidencia de un individuo a partir de un cuestionario de 137 preguntas y sus antecedentes penales.

La defensa de Loomis apeló este veredicto, argumentando que el uso de COMPAS fue inapropiado porque violó su derecho a impugnar la decisión, ya que los criterios y procesos mediante los cuales esta IA calculó y determinó la sentencia no se conocían completamente, puesto que era propiedad privada protegida por derechos de propiedad intelectual; violó su derecho a una sentencia individual, ya que un algoritmo generó datos basados en estadísticas grupales; y, finalmente, su uso constituyó discriminación por motivos de raza y género.

Sorprendentemente, la Corte Suprema de Wisconsin rechazó esta apelación, sentando un peligroso precedente al aceptar el uso de la IA como herramienta de evaluación de riesgos (COMPAS), un precedente que debe evitarse a toda costa en nuestro país. Por lo tanto, es esencial que la IA utilizada en los procedimientos judiciales sea transparente para garantizar que tanto la defensa como el juez comprendan plenamente todos los procesos y métodos que estas tecnologías emplean para llegar a un veredicto. Esto permite el derecho a impugnar los resultados de la IA si se detectan errores, como la consideración de datos sesgados que podrían violar la presunción de inocencia, por ejemplo, al ponderar indebidamente la etnia o el género del acusado.

⁴⁵ ROMEO CASABONA, C.M. (2018). Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. *R.E.D.S.*, 13, pag 39- 55.

Basándome en este caso y en el funcionamiento de las evaluaciones de riesgo basadas en IA, considero que nunca deberían admitirse como prueba, ni como opiniones científicas ni como evidencia en general. Estas herramientas no se fundamentan en métodos ni técnicas científicas reconocidas y dependen de bases de datos potencialmente sesgadas. Además, pueden funcionar como una caja negra. Si bien estas herramientas son muy útiles para diversas profesiones, desde policías hasta jueces, esto solo es cierto si basan sus decisiones en su propio criterio y no en predicciones de IA.

Volviendo al tema de los dictámenes periciales: como ya se mencionó en la sección sobre pruebas científicas, estos dictámenes son elaborados por los laboratorios oficiales de las Fuerzas de Seguridad del Estado o el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses del Ministerio de Justicia. Estos laboratorios emiten un informe pericial, que generalmente se adjunta a los demás documentos procesales o probatorios⁴⁶. Es importante destacar los dictámenes elaborados por laboratorios oficiales, ya que poseen un valor probatorio especial y no están sujetos a las normas procesales de los dictámenes periciales ordinarios⁴⁷.

Esto se debe a que, como ya hemos mencionado en el caso de la evidencia científica, el ordenamiento jurídico tiene en cuenta la garantía y fiabilidad de los informes técnicos elaborados por laboratorios oficiales, así como la cualificación y experiencia de los peritos que los elaboran. Además, actualmente los laboratorios oficiales realizan análisis de trazas prácticamente instantáneos, lo que permite llegar a conclusiones fiables y difíciles de refutar⁴⁸.

Por lo tanto, este tipo de dictamen pericial recibe una consideración especial en comparación con los dictámenes periciales ordinarios, si bien esto no impide que las partes lo impugnen. En tales casos, los peritos que elaboraron el dictamen deben comparecer en la audiencia oral, el dictamen debe leerse en voz alta y, de ser posible, puede ser reproducido o reiterado por otros peritos. En el presente caso, no existen laboratorios públicos comparables que realicen pruebas de IA, razón por la cual este tipo de dictamen no puede recibir esta consideración especial hasta que se produzcan avances en este campo.

⁴⁶ PEDRAZ PENALVA, E. (2009). Actividad policial reproachable. *Revista de derecho procesal*, 1, pág. 763-888.

⁴⁷ DOLZ LAGO, M.J., Figueroa Navarro, M.C. y Expósito Márquez, N. (2012). La prueba pericial científica. Ed. Edisofer. Pág. 405 y ss.

⁴⁸ BURGOS LADRON DE GUEVARA, J. (1992). El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español. Ed. Civitas.pág 176-182.

En esta orden de ideas, entendemos que las pruebas basadas en IA pueden cumplir los criterios de los dictámenes periciales, ya que deben ser elaboradas por un experto y confirmadas ante un tribunal. Esto exige que la herramienta utilizada se clasifique como IA explicable, de modo que las partes y el juez puedan comprender todos los procesos llevados a cabo por la IA que condujeron a las conclusiones contenidas en el dictamen pericial correspondiente.

En cuanto la herramienta utilizada opere como caja negra u opacidad algorítmica, esto puede conllevar una violación de los derechos de la persona investigada, como el derecho a impugnar las pruebas o la presunción de inocencia. Por lo tanto, abogamos por la regulación jurídica de las pruebas basadas en IA, no solo para integrarlas en el marco legal, sino también para establecer los criterios necesarios que deben cumplir para prevenir violaciones de los derechos fundamentales.

VI. NIVELES DE RIESGO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO PENAL

VI.1. Inteligencia predictiva

Estas herramientas de IA sirven para optimizar los recursos y aumentar la eficacia y eficiencia de las medidas de prevención del delito por parte de las fuerzas del orden. Generalmente, estos sistemas de inteligencia artificial analizan datos estadísticos de bases de datos policiales para predecir zonas geográficas con alta probabilidad de actividad delictiva (los llamados puntos críticos) o para identificar a las personas con mayor probabilidad de cometer delitos o ser víctimas. Con esta información, los agentes del orden pueden concentrar su vigilancia en zonas o individuos específicos.

Esta categoría de herramientas de IA se divide en cuatro grupos principales:

1. Herramientas de predicción delictiva: Estas herramientas se utilizan para predecir zonas con alta incidencia delictiva.
2. Herramientas de identificación de delincuentes: Como su nombre indica, estas herramientas crean perfiles de delincuentes para identificar a posibles futuros criminales. Se basan en datos de antecedentes penales y proporcionan descripciones generales.

3. Herramientas de predicción de víctimas: Al igual que el instrumento anterior, este crea perfiles de individuos que podrían ser víctimas de un delito.
4. Herramientas de predicción de delincuentes: Muy similares al instrumento de identificación de delincuentes, pero en lugar de crear un perfil general, generan la probabilidad de que un individuo específico cometa un delito en el futuro.

Mediante estas herramientas, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) toman decisiones estratégicas basadas en pronósticos generales de la actividad delictiva futura, con especial atención al aspecto espacial. Además, se toman decisiones específicas para predecir la presencia de individuos o grupos concretos, así como de delincuentes reales o potenciales. El enfoque en áreas y perfiles específicos permite un despliegue más eficiente de las fuerzas policiales, ya que el objetivo principal es garantizar la prevención más eficaz posible con un número limitado de agentes.

Es importante aclarar que, a pesar del uso de estas herramientas, las decisiones policiales no se basan únicamente en el análisis automatizado de datos personales ni en la creación de perfiles. Se requiere la intervención humana calificada, ya que podría producirse una violación de los derechos fundamentales si un agente de policía detiene a una persona basándose únicamente en la recomendación de una IA. El agente está obligado a considerar siempre todas las circunstancias y tomar la decisión final.⁴⁹

En el contexto de la IA predictiva, cabe mencionar PredPol. Este sistema de vigilancia predictiva es utilizado por departamentos de policía de todo el mundo y se basa en un proyecto de investigación del Departamento de Policía de Los Ángeles (LAPD) y la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA). Desarrollada originalmente para predecir el número de bajas en el campo de batalla de Irak, esta IA se ha adaptado para la prevención del delito en el ámbito policial.

Debemos mencionar que en España, COPKIT es uno de los proyectos líderes basados en IA en el ámbito de la predicción y evaluación de riesgos. El proyecto tiene como objetivo desarrollar herramientas de IA para la policía del futuro que respeten los principios de libertad,

⁴⁹ Siguiendo esta línea, existe una normativa regulatoria para evitar vulneraciones de derechos tanto a nivel comunitario, con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo; como a nivel estatal con la Ley Orgánica 7/21, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

igualdad y justicia. Se centra en analizar, investigar y prevenir el uso indebido de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por parte del crimen organizado y los grupos terroristas.

VI.2. Inteligencia Artificial de identificación biométrica

Definimos los datos biométricos como datos personales obtenidos mediante procesos técnicos específicos y relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona que permiten o confirman su identificación unívoca. Esto se corresponde con el artículo 4.14 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en el artículo 3.13 de la Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal, en el artículo 3.18 del Reglamento (UE) 2018/1725 en la legislación europea y en el artículo 5.1) de la Ley Orgánica 7/2021 en la legislación española.

Por consiguiente, entendemos por herramientas de IA para la identificación biométrica aquellas capaces de identificar a personas concretas mediante la lectura de datos biométricos.

Por lo tanto, existen dos tipos de métodos:

1. Mediciones fisiológicas: Se basan en el análisis de las características físicas y fisiológicas únicas de cada persona, como su rostro, iris o huellas dactilares.
2. Mediciones conductuales: Se basan en el análisis de las características conductuales únicas de cada persona, como su voz, escritura, firma, gestos o estilo de habla y escritura.

Las herramientas de IA que utilizan datos biométricos tienen dos funciones: identificación, es decir, determinar la identidad de una persona desconocida, y verificación, es decir, confirmar que una persona es quien dice ser.

Finalmente, en cuanto a los tipos de herramientas de IA que identifican individuos mediante datos biométricos:

1. Reconocimiento facial: Se basa en la identificación de una persona a través de sus rasgos faciales únicos. Este método es estándar para desbloquear teléfonos inteligentes y para pagos en línea.
2. Reconocimiento de voz: Estas herramientas identifican y verifican a los individuos analizando los sonidos producidos por las vibraciones de las cuerdas vocales y utilizando técnicas de

procesamiento del lenguaje natural (PLN). La voz es una característica tanto fisiológica como conductual y, por lo tanto, varía no solo según la forma y el tamaño de la boca y la garganta, sino también según el acento, los patrones del habla y el vocabulario.

3. Reconocimiento de huellas dactilares: Método para identificar a personas o verificar su identidad mediante el análisis y la comparación de las características de sus huellas dactilares, que son únicas para cada persona.
4. Reconocimiento de firmas y escritura manuscrita: Método para identificar y verificar la identidad de una persona mediante el análisis y la comparación de caracteres y símbolos manuscritos en soportes físicos o digitales.

Este tipo de herramienta resulta sumamente útil en diversos contextos, como la búsqueda de personas desaparecidas, la identificación de delincuentes buscados, el control fronterizo, la identificación de sospechosos en comisarías o juzgados, e incluso la reconstrucción facial y la identificación a partir de declaraciones de testigos. El uso de datos biométricos conlleva riesgos significativos, como la violación de derechos fundamentales y la filtración o el acceso no autorizado a bases de datos.⁵⁰

No obstante, cabe destacar que el uso de datos biométricos, especialmente el reconocimiento facial, plantea inquietudes respecto a la posible violación de derechos fundamentales consagrados en el artículo 18 de la Constitución Española, en particular el derecho a la intimidad personal y a la protección de datos personales, y por consiguiente, la responsabilidad penal por delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio⁵¹.

Para prevenir estas posibles vulneraciones de los derechos humanos y garantías, se sanciona el Reglamento (UE) 2024/1689, en fecha 13 de junio, el cual prohíbe en su artículo 5 el uso de sistemas de identificación biométrica basados en IA para fines generales, a menos que su uso sea necesario para lograr los siguientes objetivos:

⁵⁰ Para ahondar en las vulneraciones y riesgos del uso de este tipo de herramientas por IA véase Cuatro casas Monforte, C. (2022). La Inteligencia Artificial en el proceso penal... *op. cit.* nota 24.

⁵¹ JARAMILLO, C. (2021). Utilización del sistema de reconocimiento facial para preservar la seguridad ciudadana. *El Criminalista Digital*, 9, pag 20-37.

1. La búsqueda selectiva de víctimas específicas de secuestro, trata de personas o explotación sexual, así como la búsqueda de personas desaparecidas.
2. La prevención de una amenaza concreta, significativa e inminente para la vida o la integridad física de las personas, o de una amenaza real y presente o real y previsible de un atentado terrorista.
3. La investigación o identificación de una persona sospechosa de haber cometido un delito, con el fin de llevar a cabo investigaciones o enjuiciamientos penales, o para ejecutar una sentencia por uno de los delitos enumerados en el Anexo II, que se castiga en el Estado miembro de que se trate con una pena de prisión o una medida de seguridad no superior a cuatro años.

VII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, debe reconocerse que, salvo en casos triviales, será imposible maximizar simultáneamente la precisión del instrumento y su absoluta imparcialidad⁵². La realidad no es imparcial. Para evaluarla adecuadamente, debemos aceptarlo. Si queremos que el juez disponga de toda la información necesaria para realizar las evaluaciones más justas y adecuadas, debemos utilizar toda la información posible, incluso la que no esté directamente relacionada con el asunto en cuestión.

Sin embargo, si utilizamos estas herramientas, por ejemplo, para determinar una posible privación de libertad, creo que la información exhaustiva que la IA debería proporcionar al tribunal y permitir al juez centrarse en los aspectos individuales del asunto, incluso considerando toda la información disponible. Por ejemplo, podrían comprender cómo cambia la evaluación de riesgos de la IA si se elimina la condición problemática.

Porque si en un futuro próximo se decide utilizar herramientas basadas en IA para la evaluación de riesgos, como ya ha destacado Slobogin⁵³, debemos asegurarnos de que cumplan tres requisitos mínimos: idoneidad en cuanto a lo que el juez que toma la decisión realmente necesita saber; validez según parámetros científicos; y equidad.

⁵² BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M., y ROTH, A.: «Fairness in Criminal Justice Risk Assessments:...», *ob. cit.* pag. 27.

⁵³ SLOBOGIN, C. «Principles of Risk Assessment: Sentencing and Policing», *end Ohio St.J. Crim. L.*, vol. 15, 2017, pag. 594 y ss

En mi opinión, esto requiere, como mínimo, que el juez pueda eliminar de toda la información disponible aquellas variables que resulten injustas en la evaluación y evaluar el riesgo de la persona con base en lo que ha hecho o podría hacer.

El uso de cualquier tecnología debe basarse en algo volitivo, no solo en la posibilidad. Debemos incorporar la IA en la justicia penal y la policía, para mejorar la práctica de la justicia penal⁵⁴. Es evidente que no se puede esperar que ninguna IA prediga el futuro. Es obvio, como han dicho Berk y otros, que ninguna herramienta de evaluación de riesgos puede reparar siglos de desigualdad racial o de género⁵⁵. Pero creo que si comprendemos su verdadero alcance, incorporamos una perspectiva ética y legal en un campo dominado por científicos sociales e informáticos, y además tomamos las precauciones necesarias que se derivan del respeto a nuestros derechos y garantías, deberíamos ser capaces de mejorar un poco la justicia gracias a la IA.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J. M. (2008). *Introducción al Derecho Procesal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M., y ROTH, A.: «Fairness in Criminal Justice Risk Assessments:...», *ob. cit.* pp. 27.
- BORGES BLAZQUEZ, R. (2020). Sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *IUS ET SCIEN TIA*, pag 54-71.
- BUENO DE MATA, F. (2020). «Macrodatos, Inteligencia Artificial y proceso: luces y sombras», *Revista General de Derecho Procesal*, 51, pp. 1-31.
- BUJOSA VADELL, L.M., et al. (2021). La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(2), pag 1347-1384.
- BURGOS LADRON DE GUEVARA, J. (1992). El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español. Ed. Civitas. pag 176-182.

⁵⁴ NIEVA FENOLL, J.: *Inteligencia artificial y proceso judicial*, editorial Marcial Pons, año 2018.

⁵⁵ BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M., y ROTH, A.: «Fairness in Criminal Justice Risk Assessments:...», *ob. cit.* pp. 32 y ss.

- CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. (2020). ¿Sueñas los jueces con sentencias electrónicas?, *Revista Análisis Jurídico-Político*, (2), 3, pág. 145-168.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J; MONTERO CARO, M.D. (2020). «Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia* (6)2, pág. 72-82.
- CATERINI, M. (2022). El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la inteligencia artificial. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, pág. 35, 4
- DE HOYOS SANCHO, M. (2021). Inteligencia artificial y proceso penal: potencialidades y riesgos. *Revista General de Derecho Procesal*, (54), pág. 1-32.
- DOLZ LAGO, M.J., Figueroa Navarro, M.C. y Expósito Márquez, N. (2012). La prueba pericial científica. Ed. Edisofer. Pág. 405 y ss.
- FONTESTAD PORTALES, L. (2023). «Eficiencia procesal versus jurisdicción», *La Ley Actualidad Civil*, 11, pág. 1-12.
- FUENTES SORIANO, O. (2016). La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015. En J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*(pp. 261-285). Atelier.
- GARDNER, H. (1983). *Multiple intelligences*. Nueva York: Basic Books.
- GASCON ABELLAN, M. (2010). Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, pág. 81-103.
- GOLD SCHMIDT, J. (2021). *Derecho procesal penal y garantías constitucionales*. Editorial Jurídica.
- HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. (2019). *Inteligencia artificial y derecho penal*. Actualidad jurídica iberoamericana, 10, 813.
- JARAMILLO, C. (2021). Utilización del sistema de reconocimiento facial para preservar la seguridad ciudadana. *El Criminalista Digital*, 9, pág. 20-37.
- MORALES HIGUITA, L.; AGUDELO LONDOÑO, S.; MONTOYA RAIGOSA, M. y MONTOYA VIDALES, A.M. (2021). Inteligencia artificial en el proceso penal: análisis a la luz del Fiscal Watson. *Pensamiento Jurídico*, pág. 54, 147-164.

- MUÑOZ RODRÍGUEZ, A.B. (2020). El impacto de la Inteligencia Artificial en el Proceso Penal. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, pág. 695-728.
- MUERZA ESPARZA, J. (2023). «Algunas cuestiones sobre el derecho de información del investigado», 3, pág. 616-643
- NIEVA FENOLL, J. (2016). «La razón de ser de la presunción de inocencia», InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 1, pp. 1-23.
- ORTIZ PADRILLO, J. C. (2013). Problemas procesales de la ciberdelincuencia. Colex.
- PÉREZ ESTRADA, M.J. (2019). Capítulo XI. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías, en S. Barona Vilar, Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad (238-239). Tirant Lo Blanch.
- RICHARD GONZÁLEZ, M. (2017). La investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos. Revista General de Derecho Procesal (43).
- RUSSELL, S. & NORVIG, P., La Inteligencia Artificial, Pearson Prentice Hill, Madrid.2004.
- PEDRAZ PENALVA, E. (2009). Actividad policial reprochable. Revista de derecho procesal, 1, pág. 763-888.
- PICO JUNOY, J. (2012), Las garantías constitucionales del proceso, Bosch Editor
- ROA AVELLA, M; SANABRIA MOYANO, J.E; DINAS HURTADO, K. (2022). «Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos de los derechos humanos», Revista Brasileira de Direito Processual-Penal, (8)1, pág. 275-310.
- RODRÍGUEZ BLANCO, A. (2024). «Detectando los riesgos de la Inteligencia Artificial en la instrucción penal», Revista General de Derecho Procesal, 64, pp. 1-66.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2018). Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. R.E.D.S., 13, pág. 39- 55.
- RUIZ-RICO, G; CARAZO LIEBANA, M.J. (2013). El derecho de la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial, Tirant lo Blanch.
- SLOBOGIN, C. «Principles of Risk Assessment: Sentencing and Policing», en Ohio St.J. Crim. L., vol. 15, 2017, pp. 594 y ss

- SCHUMAN BARRAGAN, G. (2021) «La inteligencia artificial aplicada al proceso penal desde la perspectiva de la UE», en S. Pereira Puigvert; F. Ordoñez Ponz (Dirs.), *Investigación y proceso penal en el Siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos*, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 517-540.
- SAN MIGUEL CASO, E. (2023). Justicia penal, inteligencia artificial y control democrático. *Revista de Derecho y Tecnología*, 19(1), pág. 89-115.
- TORRES, M, La inteligencia artificial predictiva al servicio de la prevención e investigación del delito y del proceso penal, *Revista Usal*, vol. 183 año 2024.
- VAZQUEZ ROJAS, C. (2014). Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24, 65-73.
- VAZQUEZ ROJAS, C. (2015). De la prueba científica a la prueba pericial. *Colección Filosofía y Derecho*. Ed. Marcial Pons
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. (2014). «Sobre el derecho de defensa en la mediación penal», en V.C Guzmán Fluja; I. Flores Prada (Dirs.), *Justicia penal y derecho de defensa*, Tirant lo Blanch.

HACIA LA DESCOMPOSICIÓN DEL ESTADO

TOWARDS THE DECOMPOSITION OF THE STATE

LORENZO HERNÁNDEZ MÁRQUEZ

Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias Políticas. Profesor Tutor de Derecho Constitucional de la UNED en Talavera de la Reina

Sumario: *De donde partimos, a donde llegamos: un bosquejo hasta nuestros días. -Las formas de estado y España sin forma. -El estado autonómico: un estado descompuesto, un estado fallido. -A modo de conclusión*

Resumen: En este artículo se expone en primer lugar, una síntesis histórica del devenir de España en relación con las formaciones políticas y territoriales aparecidas en su seno desde la llegada de Roma a la península hasta nuestros días; para después y, una vez centrados en la Constitución de 1978, llevar a cabo un análisis actual de lo que es el Estado Autonómico inserto en el Título VIII de nuestra Ley de Leyes, su viabilidad y futuro más inmediato.

Palabras clave: Fallido, Descompuesto, Formas de estado, Estado autonómico.

Abstract: This article first presents a historical synthesis of the evolution of Spain in relation to the political and territorial formations that appeared within it from the arrival of Rome to the peninsula to the present day; and then, once focused on the Constitution of 1978, to carry out a current analysis of what the Autonomous State is inserted in Title VIII of our Law of Laws, its viability and most immediate future.

Key words: Failed, Decomposed, Forms of State, Autonomous State.

DE DONDE PARTIMOS, A DONDE LLEGAMOS: UN BOSQUEJO HASTA NUESTROS DÍAS

Cuando Roma llegó a la península ibérica (218 a.C.), se encontró con una miscelánea de pueblos asentados en su territorio. Al conjunto de sus habitantes se les denominó íberos, aunque éstos se agrupaban y distinguían entre ellos, no sólo por el idioma, sino por sus costumbres, tradiciones y riqueza que les diferenciaban entre sí. Con todo, Roma decidió dividir Hispania en dos provincias, la Citerior y la Ulterior y de ellas partimos como las dos primeras divisiones políticas (provincias) que en la península aparecen. Hubo más particiones posteriores en época de Augusto, Caracalla y Diocleciano, pero para el caso que nos ocupa es suficiente para adentrarnos en las primeras formas políticas existentes en la península.

La llegada de los visigodos a la península provenientes de la Galia, supuso la práctica ocupación de la totalidad del territorio, con capitalidad en Toledo y fue considerado como la primera forma estatal de carácter unitario que se conformó en nuestro país, (al decir de algunos autores e historiadores) respecto del resto de Europa.¹ Subrayar que el estado visigótico formalmente unido era un nido de conspiraciones y de guerras civiles continuas entre los aspirantes al trono, lo que le debilitó y propició su desaparición.

La presencia visigótica dio paso tras su derrota en Guadalete a las tropas musulmanas y bereberes del norte de África que, desembarcando en la península en el 711 d.C. y comandadas por Tarik y Muza, se expandieron por toda la península, quedando tan sólo algunos reductos del norte fuera de su alcance. El control político, religioso y territorial único, quedó definitivamente plasmado en época del califato hispano independiente de Damasco con Abderramán III (929 d.C.).

Después del califato de Hisham III, en el año 1031, y tras un proceso de descomposición de aquel que duró unos 20 años, aparecen los reinos de taifas que llegaron a ser más de treinta. Se instaura una guerra civil entre dichos reinos que asoló Al Ándalus hasta la llegada de los Almorávides que de nuevo unificaron el territorio. Las segundas taifas aparecen tras el derrumbe almorávide y dan paso a los almohades cuyo poder desaparece tras la batalla de las Navas de Tolosa, dando paso de nuevo a las terceras y últimas taifas en la península.

¹ Stanley G. Payne, nos dice: "Este Regnum Gothorum, era un territorio definido con precisión, en realidad, el primer Estado cristiano y europeo en contar con una exacta definición geográfica. Ninguno de sus contemporáneos la tuvo, ni doctrinal ni territorial." En su capítulo 1º de su libro "España una historia única", pag 81. Ediciones Temas de Hoy SA. 2008.

Es ya una constante en el territorio peninsular la aparición de numerosos reinos que luchan entre sí por la hegemonía. Es en esta época en donde podemos observar que entre reinos cristianos (los cinco reinos) y musulmanes, hacían un total de más de cuarenta repartidos por la geografía de España. Es la tendencia que siempre ha existido en nuestro país: la división, el particularismo, lo diferente, el control de cualquier poder por pequeño que este sea.

Después de la conquista del reino de Granada y de Navarra, bajo la soberanía de los reyes católicos, el país se unifica o, al menos, la dirección política, aunque seguimos viendo que la territorial se estanca. En efecto, el sistema de Consejos de los distintos reinos admitido y mantenido por los Austrias, así como las fronteras existentes entre ellos con sus correspondientes tributos y aranceles perduraron hasta la llegada de la dinastía borbónica que, tras la guerra de sucesión, se encargó de unificar lo que hasta entonces era un conglomerado de territorios distintos con sus leyes propias.

La cuestión hereditaria planteada a la muerte de Fernando VII hace de nuevo que el país se enzarce en discordias dinásticas y se propicien hasta tres guerras civiles entre carlistas e isabelinos (con el país dividido territorialmente) a lo largo del siglo XIX. ¿Cuántas llevamos ya?

Nada bien resueltas aquellas por el Convenio de Vergara tras la terminación de la primera guerra. La concesión hecha por Espartero de respetar los fueros de las provincias vascongadas fue un puñal clavado en la espalda de los vencedores isabelinos (liberales) que hoy día sigue haciendo sus efectos en el conjunto hispano.

Durante el siglo XIX España es un territorio de constante hacer y deshacer. De hacer constituciones y deshacerlas; de constantes pronunciamientos de un signo y del otro; de revoluciones (trienio liberal y sexenio democrático) de persecuciones y vueltas al absolutismo (década ominosa) y de guerras civiles entre carlistas y liberales; de cambios de dinastía y de formas de gobierno (la borbónica por la saboyana y ésta por la primera república federal), y, al calor de todo ello, de nuevas experiencias independentistas con los insurrectos cantones repartidos por toda la geografía española (Cartagena, Granada, Sevilla, Málaga, Valencia, Salamanca...), luchando y compitiendo entre ellos como anteriormente lo hicieran las taifas.

La vuelta de la monarquía borbónica al escenario patrio con Alfonso XII y Alfonso XIII supone un cierto remanso de las aguas siempre revueltas de la política española. Al menos, la restauración y el turno de partidos impuesto y diseñado por Cánovas supuso la vuelta a una concepción de unidad del marco estatal.

La segunda república se establece en nuestro país tras unas elecciones municipales ganadas por los partidos monárquicos, por tanto, con escasa legitimidad y, desde entonces, y a lo largo del periodo 1931-1939, la república se ve alterada sucesivamente por constantes y continuados intentos de independentismo de Cataluña (1931), de golpes de Estado, Sanjurjo (1932), del P.S.O.E., (1934).

Tras la guerra civil (1936-1939) y el régimen franquista (1939-1975) se instaura en España un régimen democrático y constitucional presidido por la Constitución de 1978, que desde el punto de vista de la forma en que se construye se le denominará de Comunidades Autónomas o Estado Autonómico; persiguiéndose con ello el anhelo de integrar a las fuerzas políticas nacionalistas y separatistas en una misma causa común con amplia autonomía política para determinados territorios del Estado² y la terminación de las constantes disputas políticas que a lo largo de nuestra historia han sido regla entre nosotros.

Pues bien, estamos en los inicios de 2025 y, lo anteriormente dicho constituyó, parece ser, un sueño de una determinada generación que ha quedado en el olvido (la transición), porque de nuevo se abren las carnes en este sufrido país y como si careciéramos de memoria del pasado, nos volvemos a enfrentar entre nosotros con las mismas disputas de siempre (Régimen Político, Formas de Estado, Independentismo,.....). ¡¡¡Dos mil trescientos años nos contemplan. Qué vergüenza!!!

LAS FORMAS DE ESTADO Y ESPAÑA SIN FORMA

En el epígrafe anterior hemos hecho un breve balance y descripción del devenir de España desde la época romana hasta nuestros días. ¿Cuál es actualmente la situación territorial de España en la Constitución de 1978?, o mejor, ¿que forma de Estado diseña nuestra Ley de leyes para nuestro país?

El artículo 2º establece que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble **unidad de la nación** española.....”, lo que nos lleva a la consideración de que nos encontramos en principio ante una forma estatal unitaria. Pero si avanzamos unos párrafos más adelante el

² Qué razón tiene Pendás García, Benigno actual Presidente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas cuando nos recuerda en su discurso de entrada a la citada Academia titulado: “La Ciudad de las Ideas: Grandeza y Servidumbre de la moderación política.”, que “el debate territorial es el nudo gordiano de la Constitución o incluso, sin exagerar, de la historia de España.”Pag 263.

mismo artículo sigue diciendo: “...y reconoce y garantiza el derecho a la **autonomía de las nacionalidades** y regiones que la integran”..... Desgranando el significado de **autonomía y nacionalidad** resulta que, por un lado, y según el diccionario de la lengua, la **autonomía** es sinónima de independencia y soberanía y, por otro, la **nacionalidad** es el vínculo jurídico de una persona con un Estado, que le atribuye la condición de ciudadano de ese Estado³ y, siguiendo el principio de las nacionalidades de Mancini, toda nación tiene el derecho a constituirse en Estado.

Dicho lo anterior, las formas de Estado que podemos ver en el planeta discurren entre las formas unitarias, las federales y las confederales. En la Ciencia política y en el Derecho Constitucional, el concepto de “autonomía” se ha venido aplicando en su grado menor, a saber: la administrativa, ya que el concepto de autonomía política se ha aplicado a los países soberanos. Esta autonomía de carácter administrativo y nunca político se ha pretendido estampar en nuestra Constitución dentro de un marco competencial en donde determinadas materias se asumen en su integridad por las Comunidades Autónomas según establece el artículo 148.1 de la Carta Magna, dejando las materias de mayor entidad como exclusivas del Estado, con lo que el constituyente del 78 abrió la puerta a lo que en realidad se pretendía llegar: Un Estado con diseño Federal, aunque el término federal no apareciera en el Texto.

La “autonomía de las nacionalidades”, tal y como lo hemos visto más arriba, choca literalmente con la expresión “unidad de la nación”, por lo que vemos que en el propio art 2º existe una *contradic-tio in terminis* de indudable concesión a los denominados territorios históricos que exigieron plasmar el término “nacionalidad” en el Texto Constitucional.

Como un Estado Unitario no se concibe íntegramente con uno Federal y, como en el año 1978 veníamos de una unidad estricta en el ámbito político, se rehuyó incorporar a la naciente Constitución el término federal que a la postre se dio indirectamente al distribuir las competencias en estatales y no estatales, dando el nombre de autonómicas a las últimas.⁴ De ahí, la dificultad extrema que tenemos los profesores de Derecho Constitucional, a preguntas de los alumnos, en diferenciar lo que constituye un Estado Autonomico como el español de uno Federal como el alemán, basados ambos en el reparto de las materias competenciales ejercientes por cada uno. Algún profesor se

³ Definición de la Real Academia Española

⁴ Artículos 148 y 149 de la Constitución

ha decantado por intentar diferenciar ambos conceptos (autonómico y federal) por cuestiones tan ínfimas e irrelevantes que no merece la pena insistir en ello.⁵

¿Llegaremos por tanto a la conclusión de que el Estado autonómico del que habla nuestra Constitución es en realidad un Estado federal al más puro estilo alemán o estadounidense? Nada más lejos de la realidad.

En efecto, a la conclusión anterior se llegaría si nos quedáramos en la lectura siguiente:

Art 148.1. “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias.....”, enumerando un total de 22, y a continuación, el art 149.1 diciendo que “El Estado tiene **competencia exclusiva** sobre las siguientes materias.....”, enumerando otras 32. Hasta ahí, la distribución de materias es consustancial e idéntica a una distribución Federal al estilo alemán, en donde los Lander no pueden aspirar de ninguna forma a ampliar sus competencias de entre las estatales pues su Constitución se lo impide. ¿Ocurre lo mismo con la nuestra? No.

En efecto, de entrada el punto 2º del artículo 148 establece que “Transcurridos cinco años y mediante la reforma de sus estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.” (precepto utilizado en la segunda hornada de Estatutos de Autonomía apare-

⁵ El profesor Torres del Moral, Antonio por ejemplo, basa la diferencia en que un Estado miembro de la Federación, “posee poder constituyente propio, se da así mismo su propia Constitución sin intervenciones ajenas”. Aunque termina por aceptar que “su límite se encuentra en la Constitución Federal, límite que, mudando lo mudable, existe igualmente para los Estatutos autonómicos, como no puede ser menos.” “Estado de Derecho y Democracia de Partidos.” Editorial Universitas, S.A. 5ª Edición Madrid 2015. Página 336.

Uno de los padres constitucionalistas del siglo XX Nicolás Pérez Serrano, nos habla así de lo que es una Federación:

“La Federación es una unión permanente y basada en libre estipulación, encaminada al servicio de un fin común (conservación política de todos los componentes) y merced a la cual se cambia el status político total de dichos miembros en atención al expresado fin común. Por tanto, la Federación abarca a los miembros que la integran en su existencia total como unidades políticas; y no de un modo pasajero, sino en ordenación perdurable, ya que incluso la Constitución federal pasa a ser elemento de las Constituciones de los Estados miembros; pero, a su vez, la Federación los define frente al exterior, y garantiza también su existencia política dentro de la nueva comunidad creada, cosa que no cabe realizar sin una injerencia en los asuntos de los referidos Estados miembros; y, sobre todo, la Federación adquiere el ius belli, del cual quedan privados aquellos.” Tratado de Derecho Político”. Editorial Cívitas, 2ª Edición, 1984. Pag 236.

cidos en nuestro país) y, a su vez, el art 150.2, de forma inaudita y transgresora de lo que se debe considerar un Estado federal establece lo siguiente:

“El Estado (léase el Gobierno) podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.....”

En resumidas cuentas, lo establecido fundamentalmente en el artículo 150.2 de nuestra Constitución permite que todas las Comunidades o algunas de ellas (que es lo que actualmente está ocurriendo) dispongan por transferencia o delegación de la posibilidad legal, administrativa y ejecutiva de utilizar materias estrictamente estatales por el sólo beneplácito del Gobierno. Beneplácito que obedece exclusivamente al chantaje permanente de algunas comunidades de cambiar votos por concesiones gubernamentales del calado que estamos tratando. López Rodó, Laureano, en su día nos decía: “nos encontramos ante unas competencias de las CCAA prácticamente ilimitadas que la presión política de los partidos nacionalistas se encargará de ampliar al máximo”⁶

¿Dónde se encuentran los límites de este intercambio?: 1º) que dicha transferencia de materias se ha de llevar a cabo mediante Ley Orgánica (mayoría absoluta del Congreso de los Diputados) y, 2º) que las materias transferidas y delegadas **sean por su propia naturaleza susceptibles de ello**.⁷

⁶ López Rodó, Laureano en “Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación” Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas nº 61. 1984. Página 138

⁷ Aja Fernández, Eliseo y Tornos Mas, Joaquín, consideran que: “Lo que deba entenderse por materias que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación, es, sin duda, una cuestión compleja,”. Aja Fernández Eliseo y Tornos Mas, Joaquín en su estudio sobre la Ley Orgánica de Transferencia o Delegación del art 150.2 de la CE. En Documentación Administrativa nº 232-233. 1992.

“Esta concepción del art 150.2 encuentra su sentido en el hecho de que permite romper el límite máximo de asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas establecido en el listado del artículo 149.1 de la Constitución.....”

Se ha llegado a decir por una parte de la doctrina científica que “En principio, facultades de cualquier materia de competencia exclusivamente estatal pueden ser objeto de transferencia o delegación a las CCAA.” En “Límites a la Transferencia o Delegación del artículo 150.2 de la Constitución Española”, Rodríguez de Santiago, José María y Velasco Caballero Francisco. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 55. Enero-Abril 1999.

De igual forma, se han manejado categorías que van en cuanto a la soberanía de esenciales o no para poder llevar a cabo la transferencia o delegación. Véase el mismo artículo anterior.

Cierto es que las Leyes de transferencia y delegación pueden establecer controles a posteriori de esas transferencias y delegaciones y hasta pueden ser revocadas las mismas. Pero eso nunca se ha hecho y no se hará por la debilidad de los sucesivos Gobiernos dependientes de los votos nacionalistas para continuar gobernando⁸

No vamos a seguir adentrándonos por este tortuoso camino que en párrafos anteriores he expuesto y que a cualquier lector neófito en Derecho Constitucional le puede resultar harto complicado su comprensión, pero lo que sí está meridianamente claro es que nuestra Constitución está muy lejos de definir claramente cuál es la forma de Estado que en su seno se dispone. A mi modo de ver, la unitaria que se predica en su artículo 2º se ve combatida por el concepto de “nacionalidad” y, a su vez, por la enumeración diferenciada de materias de competencia autonómica y estatal de los artículos 148 y 149, de clara reminiscencia federal. Pero esta última es literalmente atropellada por la inclusión de artículos como el 150.1 y 2 del Texto Constitucional, y la incorporación a la misma de los llamados derechos históricos de los territorios forales en la Disposición Adicional Primera de claro tufo confederal que, pareciera de su lectura, fueran previos al Estado de Derecho que se instaure en España bajo la tutela de la Constitución de 1978. En efecto, a juicio de Entrena Cuesta, Rafael, la presente Disposición Adicional constituye un precepto insólito en la historia constitucional española y en el Derecho comparado y que tiene como fundamento el hecho de advertir con la misma la previa existencia de la soberanía de los territorios forales a la unidad nacional.⁹

En definitiva, es mi opinión que, en nuestra Constitución no existe una forma de Estado clara y definida, España es un Estado sin forma y, parte de la culpa hoy día la tienen el “consenso”, el intento de contentar a los siempre descontentos, “el café para todos” y un sinfín de

⁸ Existe el denominado Poder de Inspección del ejercicio de las facultades trasladadas que, con carácter general, se comprende en la llamada ALTA INSPECCIÓN que algunos estatutos de Autonomía y determinadas Leyes sectoriales reconocen al Estado. Por ejemplo, en el ámbito especial de la educación, el art 20c de la Ley Orgánica 9/1992, dispone que “el seguimiento y evaluación del sistema educativo nacional, se llevará a cabo por la Administración del Estado....”, lo que supone atribuir al Estado la verificación de la competencia transferida.

⁹ Entrena Cuesta, Rafael. En Comentarios a la Disposición Adicional Primera, dentro del estudio titulado “Comentarios a la Constitución” dirigido por Fernando Garrido Falla. Editorial Cívitas Segunda Edición. Madrid 1985, Pág 2423.

fórmulas utilizadas para llegar a un endeble compromiso con efímera eficacia en el tiempo, como hoy día estamos viendo.¹⁰

EL ESTADO AUTONÓMICO: UN ESTADO DESCOMPUESTO, UN ESTADO FALLIDO

Ya van algo más de nueve lustros desde que se promulgó la Constitución de 1978, recibida por todo el pueblo español con la ilusión de quien sabe que con ella se entraba en una nueva era. Era de libertad, de igualdad y de participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social que en España comenzaba.

Todos éramos conscientes de la difícil empresa que teníamos por delante. La guerra civil aún estaba en el subconsciente colectivo debido a las gravísimas heridas que había provocado en la sociedad. Fracturas nada fáciles de olvidar ni tan siquiera tras cuarenta años de su terminación. Hubo un momento de fe y esperanza cuando el conjunto de todas las fuerzas políticas, incluidas las más reaccionarias (de izquierdas y derechas), se posicionaron en favor del olvido y el perdón y todos sin excepción (incluidos los separatistas) apostaron por un exitoso futuro

Pero fue un espejismo que con la primera generación postconstitucional terminó para dar paso de nuevo al enfrentamiento, al rencor, al odio y al particularismo aldeano.

No es el momento de hacer un repaso histórico de estos 46 años por los que ha atravesado nuestra reciente Constitución, pero si hay algún término para definir este espacio de tiempo es el de **quiebra** constante de la misma. Quebrantamiento que llega hoy día a ser especialmente notorio después del enésimo intento de secesión de Cataluña en el año 2017 del Estado español.

No hemos aprendido nada de nuestro pasado. Los partidos mayoritarios se siguen detestando como antaño. Una coalición entre ellos que podría darse para evitar daños mayores es impensable. Es más, quien osara hacerlo sería tachado de traidor¹¹, como así lo han sido

¹⁰ Para López Guerra, Luis y Aragón Reyes, Manuel, no existe deliberadamente un modelo territorial concreto, se trata de un modelo que debía concretarse en el tiempo dejando la responsabilidad de ello a los actores políticos. Véanse “El modelo autonómico” en “Revista catalana de derecho público” n° 20; pags 171-186; 1995 y “La Construcción del Estado Autonómico” en “Revista General de Derecho Constitucional” n° 1; pags 1-24; 2006. Respectivamente.

¹¹ Véase García Morales, M^a Jesús. Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona. En “El futuro del Estado Autonómico en España: ¿Bloqueo o Reformulación?

los antiguos dirigentes socialistas que optaron por el camino de la transición y el pacto.

En estas circunstancias se hace imposible una reforma de nuestra Ley de Leyes que encauce el Título VIII y parte de aquella. Porque, a no dudarlo, la única forma de corregir los muchos errores que contiene nuestra Constitución es mediante el pacto constitucional de los dos grandes partidos pues, como diría Jefferson ***“No society can make a perpetual constitution.”***

En la elaboración de la Constitución se apostó por contentar y apaciguar las exigencias nacionalistas mediante concesiones inadmisibles de todo punto. El Estado de las Autonomías que se construyó fue un trágala a todas las peticiones nacionalistas que se hicieron; y aun así no quedaron satisfechos.¹²

El resultado de esta construcción estatal ha sido a la postre la destrucción o desaparición de la unidad nacional. Hoy día se habla de “hechos diferenciales”; sistema asimétrico entre Comunidades para potenciar más las denominadas históricas; Estado plurinacional Confederación; derecho a decidir; Régimen de Financiación propio para Cataluña, con aportación de Cupo semejante al del País Vasco..... Desde luego, estamos a años luz de aquellas concepciones que floraban de la mente de uno de los más prestigiosos pensadores patrios (y para más inri bilbaíno) Miguel de Unamuno, cuando llegó a decir pese a su simpatía regionalista que: “Lo que más falta hace es robustecer el poder central, que si de algo peca es de débil; robustecerlo y a la vez flexibilizarlo y enriquecerlo con los jugos de la vida toda difusa de la nación.”¹³

A lo mejor no nos hemos enterado todavía que, desde el punto de vista estrictamente nacional o, mejor dicho, de unidad nacional, en palabras de Ortega y Gasset, José, “el problema catalán (y recientemente el vasco), es un problema que no se puede resolver, sólo se puede conllevar.”¹⁴

¹² Algunos pensadores hispanos se muestran turbados y desconcertados llegando a decir que: “El problema reside en que todos preferimos creer que el Título VIII y los Estatutos iban a encauzar las reivindicaciones nacionalistas. No ha sido así... ..” Pendás García, Benigno. En “La Ciudad de las Ideas: Grandeza y Servidumbre de la Moderación Política.” Discurso pronunciado en su entrada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Pag 267

¹³ Unamuno, Miguel de y Jugo. Sobre el regionalismo español en Obras Completas. Tomo VI, pag 717.

¹⁴ Ortega y Gasset, José. En su discurso pronunciado en las Cortes de la Segunda República, el 13 de mayo de 1932.

La doctrina, ante tamaños acontecimientos plantea formas de apaciguamiento. Antonio Muñoz Machado, en su obra “Cataluña y las demás Españas” considera necesario un nuevo Estatuto de autonomía catalán, a fin de reforzar las diferencias objetivas entre Comunidades Autónomas.¹⁵ Otros autores consideran necesario una reforma constitucional en donde se considere a España como Nación de Naciones, con la pretensión de un mayor reconocimiento de Cataluña y País Vasco y así atemperar las reivindicaciones separatistas.¹⁶ Se ha llegado a decir que, en principio, facultades de cualquier materia de competencia exclusivamente estatal pueden ser objeto de transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas.¹⁷ Otros, afirman sin desdoro que “el sistema autonómico ha sido un éxito”, recomendando ante la situación paciencia y perseverancia.¹⁸

Para concluir, diremos que sigue imperando la más completa ambigüedad y confusión en torno a elementales cuestiones del Estado de las autonomías. A los 46 años de iniciado este proceso, no se sabe todavía a donde vamos ni cuál es el camino. Ya se comprende que, esta situación, de una realidad permanente “in fieri”, no puede continuar y que resultaría muy conveniente salir cuanto antes de este misterio indescifrable al que al final se ha arribado. No se puede prolongar indefinidamente una situación nacional de tensiones y luchas entre un Estado central que se resiste a ser desmantelado y unos gobiernos autonómicos separatistas en permanente chantaje.

Nadie sabe todavía cuál es el modelo de Estado que en la Constitución se adopta, el contenido de esas “nacionalidades” que reconoce, los límites y el techo de su autonomía, el valor de la fórmula estatutaria pactada, el alcance de los derechos históricos de los territorios forales y, así, otra serie de cuestiones centrales que siembran de incertidumbre la interpretación y la solución de los problemas. Tal es el resultado final de un confuso y equivocado planteamiento constitucional que no puede ser más criticable.

¹⁵ Muñoz Machado, Santiago. En su libro “Cataluña y las demás Españas.” Ed. Crítica. 2014

¹⁶ Solozábal Echevarría, Juan José, en “España: Nación de naciones”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n° 68. Pag 16-23. 2017

¹⁷ Rodríguez de Santiago, José María y Velasco Caballero, Francisco, op. cit, en “Límites a la Transferencia o Delegación del artículo 150.2 de la Constitución española.” “Revista española de derecho constitucional n° 55. Enero-Abril 1999. Pag 131.

¹⁸ Pendás García, Benigno. Op. cit. Pags 262 y ss sobre el debate territorial en La Ciudad de las Ideas.....

A MODO DE CONCLUSIÓN

En este infernal desbarajuste constitucional, el actual partido en el Gobierno está dispuesto a conceder todo lo que le piden los separatistas con tal de seguir gobernando. ¿Por qué y para qué? ¿Encontramos en realidad una razón de peso para ello? Acaso es la inercia histórica que se mantiene en el tiempo y si antes era la lucha entre absolutistas y liberales, ahora lo es entre “derechas” e “izquierdas”, “ecologistas y antiambientalistas”, “abortistas o pro vida”, “católicos y aconfesionales”..... Y así un sinfín de distintos denominadores que nos diferencian en nuestras concepciones del mundo y nos hacen enfrentarnos en desgarradora lucha; no hay término medio. Entre 1820 y 1823, Francisco de Goya y Lucientes, pintó un cuadro mural para su Quinta del Sordo, titulado “Duelo a Garrotazos”. En el mismo, se aprecia a dos españoles semienterrados hasta las rodillas peleando el uno contra el otro a garrotazos hasta la muerte.¹⁹ Esta pintura ha sido vista desde su creación como la lucha fratricida que tradicionalmente ha existido entre españoles y representa la lucha entre las dos Españas que se prolonga en el siglo XIX y XX y, en general, en las constantes y continuas posturas antagónicas que desembocaron en la Guerra Civil Española y de las que aún no hemos sido capaces hoy día de desembarazarnos.

El escenario se antoja dantesco y el Estado autonómico fenece. ¿Estaremos caminando hacia un Estado fallido?

P.D.

Hay todavía un halo de optimismo si tenemos en cuenta la famosa frase que el canciller alemán Otto Von Bismarck supuestamente dijo de nosotros:

“España es el país más fuerte del mundo: los propios españoles llevan siglos intentando destruirla y aún no lo han conseguido.”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJA FERNÁNDEZ, ELISEO y TORNOS MÁS, JOAQUÍN. “Estudio sobre la Ley Orgánica de Transferencia o Delegación del art 150.2 de la Constitución Española”, en Documentación Administrativa nº 232-233. 1992.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 1978, arts 148 y 149

¹⁹ Expuesta actualmente en el Museo del Prado.

- ENTRENA CUESTA, RAFAEL. "Comentarios a la Disposición Adicional Primera" dentro del estudio "Comentarios a la Constitución" dirigido por Garrido Falla, Fernando. Editorial Cívitas S.A., 2ª Edición. Madrid 1985. Pág 2423.
- GARCÍA MORALES, MARÍA JESÚS. "El futuro del Estado Autonómico en España: ¿Bloqueo o Reformulación? Voletín Mexicano de Derecho Comparado, vol 54, nº 160 (enero-abril) 2021. Págs. 155-190.
- GOYA Y LUCIENTES, FRANCISCO. "Duelo a Garrotazos." Museo del Prado Ley Orgánica 9/1992, art 20c
- LÓPEZ GUERRA, LUIS y ARAGÓN REYES, MANUEL. "El Modelo Autonómico" Revista catalana de derecho público nº 20. 1995. Págs. 171-186.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS y ARAGÓN REYES, MANUEL. "La construcción del Estado autonómico" Revista General de Derecho Constitucional nº 1, 2006. Págs. 1-24.
- LÓPEZ RODÓ, LAUREANO. "Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación." Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas nº 61. 1984. Pág 138.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. "Cataluña y las demás Españas". Editorial Crítica 2014.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. "Discurso pronunciado en las Cortes de la 2ª República, el 13 de mayo de 1932"
- PENDÁS GARCÍA, BENIGNO. "La Ciudad de las Ideas: Grandeza y Servidumbre de la Moderación Política." Discurso de entrada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Pág 263 y 267
- PÉREZ SERRANO, NICOLÁS. "Tratado de Derecho Político" Editorial Cívitas, 2ª Edición, 1984. Pág 236.
- Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua.....
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA y VELASCO CABALLERO, FRANCISCO. "Límites a la Transferencia o delegación del art 150.2 de la Constitución Española." Revista Española de Derecho Constitucional, nº 55. Enero-Abril 1999.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, JUAN JOSÉ. "España: Nación de naciones." El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 68. 2017. Págs 16-23
- STANLEY G. PAYNE. "España una historia única." Ediciones Temas de Hoy S.A, 2008, Capítulo 1º, pág 81.

TORRES DEL MORAL, ANTONIO. "Estado de Derecho y Democracia de Partidos." Editorial Universitas, S.A 5ª edición. Madrid 2015. Pág 336.

UNAMUNO, MIGUEL DE Y JUGO. "Obras Completas. Tomo VI, pág 717.

LA LEY ORGÁNICA 1/2025 Y LOS MASC: CAMBIO DE PARADIGMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA Y TRANSFORMACIÓN DE LA ABOGACÍA

ORGANIC LAW 1/2025 AND ADR MECHANISMS: A PARADIGM SHIFT IN ACCESS TO JUSTICE AND THE TRANSFORMATION OF LEGAL PRACTICE

RAFAEL LINARES MEMBRILLA¹

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Tenerife

Sumario: *I. INTRODUCCIÓN. A. Contexto histórico del proceso jurisdiccional. B. Justificación y objeto del estudio. II. MARCO NORMATIVO. A. Análisis jurídico de la Ley Orgánica 1/2025. B. Limitaciones del estudio. III. LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE JUSTICIA COMO PRINCIPAL ASPIRACIÓN DE LA REFORMA. A. Los MASC como presupuesto de procedibilidad: consecuencias normativas. B. ¿Complemento o sustitución? El nuevo rol del litigio. C. Mediación: eje preferente del nuevo paradigma IV. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN LA ABOGACÍA: NUEVOS ROLES, COMPETENCIAS, DESAFÍOS Y TRANSICIONES. A. La abogacía en transición: del litigante al facilitador. B. Profesionalización, nuevas competencias y formación. C. Digitalización y entornos de resolución colaborativa. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.*

Resumen: La Ley Orgánica 1/2025 establece los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) como requisito previo al proceso judicial civil y mercantil, transformando el acceso tradicional

¹ Abogado ejerciente nº. 4.077 del Ilustre Colegio de Abogados de Tenerife. Doctorando en Derecho ULL. Correo electrónico: info@abogadotenerife.com . ORCID: 0009-0000-1943-0586

a la justicia en España. Este trabajo analiza el impacto normativo, profesional y cultural de la reforma, con especial atención al papel de la abogacía, que debe asumir nuevos roles como facilitadora de acuerdos.

Palabras clave: MASC, mediación, justicia colaborativa, abogacía, acceso a la justicia.

Abstract: Organic Law 1/2025 establishes Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms as a mandatory prerequisite to initiating civil and commercial court proceedings, thereby transforming the traditional model of access to justice in Spain. This paper analyzes the normative, professional, and cultural impact of the reform, with particular attention to the evolving role of the legal profession, which must now assume new functions as facilitators of agreement.

Key words: mediation, collaborative justice, legal profession, access to justice.

I. INTRODUCCIÓN

A. Contexto histórico del proceso jurisdiccional

La administración de justicia en los estados de Derecho contemporáneos, se ha basado principalmente en el proceso judicial como medio institucional para resolver disputas, configurando al juez como árbitro neutral, que respaldado por la autoridad Estatal, adopta decisiones con fuerza vinculante para las partes involucradas. Este sistema ha sido fundamental para mantener la armonía social, evitando métodos de autodefensa (Chiovenda 1930; Cappelletti & Garth 1978).

Desde tiempos antiguos hasta hoy en día, las comunidades han buscado métodos para resolver conflictos sin necesidad de recurrir a la violencia. En la época del Derecho romano, ya se estableció un procedimiento formal conocido como *ordo "iudiciorum privatorum"*, aunque aún dependía en gran medida de las partes involucradas.

Con el desarrollo progresivo de la justicia estatal durante la Edad Media, y la consolidación del "*ius commune*", la administración de la ley se profesionalizó en instituciones públicas que se esforzaban por ser imparciales y tener autoridad objetiva (Zanon, 2010).

En el marco del constitucionalismo contemporáneo, la función judicial se incluye en la doctrina de separación de poderes como uno de los roles fundamentales del Estado. El procedimiento ya no es solo

un camino formal, sino que se convierte en una salvaguardia de las libertades básicas. En el contexto español, esto se refleja en el artículo 24 de la Constitución de 1978, que reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva. Precepto enfatizado por la jurisprudencia de manera constante. Sirva como ejemplo la STC 37/1982 indica que <<el derecho a un juicio justo implica poder acudir a los tribunales para obtener una decisión fundamentada y que esta sea llevada a cabo>>.

Sin embargo, la centralidad del sistema judicial ha sido objeto de críticas, especialmente cuando se manifiesta un aumento de la litigiosidad que se traduce en lentitud del servicio público. Se genera entonces la necesidad de buscar alternativas, como pueden ser los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante “MASC”), introducidos en España por Ley Orgánica 1/2025, y respaldados a nivel internacional (UNCITRAL 2002 y Consejo de Europa 1998).

En el continente europeo se comparte la plena convicción del potencial de medios alternativos de resolución de disputas (en inglés “Alternative Dispute Resolution” o “ADR”). En consonancia la Unión promulgó la Directiva 2008/52/CE, adoptada en España mediante la Ley 5/2012. No obstante, la aplicación de esta Ley quedó restringida por la voluntariedad, lo me supuso que defraudara las expectativas en ella depositadas. La Ley Orgánica 1/2025 trata de aprender de la experiencia y configura los MASC como un requisito previo obligatorio antes de recurrir a la vía judicial.

Este cambio no implica dejar de lado el enfoque tradicional; sino ajustarlo dentro de un contexto más adaptable y colaborativo que ponga énfasis en la autonomía de cada parte involucrada.

B. Justificación y objeto del estudio

La Ley 1/2025 bien merece un análisis doctrinal exhaustivo, que ayude a comprender sus fundamentos e impacto en el sistema legal. Particularmente, la exigencia de recurrir al MASC genera dudas en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), considerado como la base del Estado Democrático y Social.

Si bien, el Tribunal Constitucional ha reconocido que este derecho puede estar sujeto a condiciones razonables, siempre y cuando no lo vuelvan ilusorio ni difícilmente accesible, ni obstaculicen la resolución sustantiva por vía judicial cuando sea necesaria (STC 185/2001).

Los objetivos particulares de este trabajo son: i) formular una aproximación a los fundamentos de la Ley Orgánica 1/2025; ii) anali-

zar la extensión legal de la condición previa requerida, iii) evaluar el papel de la mediación como una técnica destacada, y iv) Reflexionar acerca de los desafíos que esta nueva regulación presenta para los abogados y otros profesionales del derecho.

Con generalidad, pretende ser una humilde aportación al debate académico y profesional sobre la justicia en la era actual del siglo XXI, en un momento crucial de transición hacia enfoques más participativos.

II. MARCO NORMATIVO

A. Análisis jurídico de la Ley Orgánica 1/2025

La Ley Orgánica 1/2025 del 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, aspira a reformar el sistema judicial en España. Su propósito declarado es doble: por un lado, optimizar la efectividad de un sistema judicial bajo presión debido al alto número de litigios; y, por otro, fomentar una mentalidad centrada en resolver conflictos de forma colaborativa. Al efecto, introduce por primera vez en la tradición legislativa española, la obligación de recurrir a un Medio Adecuado de Solución de Controversias (MASC) como requisito previo en ciertas áreas civiles y mercantiles (artículos 2 a 19).

Esta modificación forma parte del “Plan Justicia 2030” y constituye una pieza clave dentro del proceso de modernización institucional, impulsado por los fondos europeos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

La estructura normativa está diseñada estratégicamente para aliviar la carga de trabajo en los tribunales sin limitar el derecho de las personas a acceder a la justicia, creando un enfoque híbrido donde tanto la resolución extrajudicial como la judicial conviven en armonía.

La introducción de los MASC obligatorios como paso procesal previo supone una restricción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por lo que debe examinarse bajo el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación). En cuanto a la **idoneidad**, la LO 1/2025 se presenta como un mecanismo adecuado para el fin perseguido: sus motivaciones explícitas reconocen la necesidad de “*aliviar la carga de trabajo en los tribunales*” sin limitar el acceso a la justicia. En estas condiciones, la mediación obligatoria resulta idónea para reducir la litigiosidad excesiva y fomentar acuer-

dos tempranos. Respecto de la **necesidad**, debe valorarse si existen medios menos gravosos para alcanzar objetivos similares. Aunque podrían reforzarse los medios judiciales o incentivarse la mediación voluntaria, dichas alternativas han mostrado resultados limitados ante el colapso actual de los órganos judiciales. Así pues, ante la falta de alternativas eficaces que no sacrifiquen la eficiencia, se estima que imponer el intento de MASC es una medida necesaria para avanzar en la eficacia procesal. Finalmente, la fase de **ponderación** examina si el sacrificio del acceso judicial es proporcional a los beneficios perseguidos. En este punto se deben evaluar las salvaguardas legales: por ejemplo, que el proceso judicial siga abierto si no hay acuerdo o que la tramitación no sufra dilaciones indebidas. Este análisis se complementa con la consideración de la jurisprudencia europea reciente.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE refuerza estos criterios de proporcionalidad. En el caso **Rosalba Alassini contra Telecom Italia** (C-317/08) el Tribunal concluyó que imponer la mediación obligatoria *“afecta”* el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero no lo hace imposible *“en la medida en que, en ningún caso se prive a las partes de acudir posteriormente a un proceso judicial”*. De igual modo, en **Livio Menini y María Antonia Rampanelli contra Banco Popolare** (C-75/16) –un sistema de mediación obligatoria con abogado exigido– el TJUE observó que la Directiva 2013/11 (que en principio fomenta la ADR voluntaria) permite la obligatoriedad de la mediación *“siempre que su legislación no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”*.

En el caso Alassini (C-317/08), el TJUE establece en su apartado 45 que *“la obligación de recurrir a un procedimiento de conciliación obligatoria antes de dirigirse al órgano jurisdiccional no vulnera el principio de protección judicial efectiva, siempre que dicho procedimiento no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al órgano jurisdiccional”*. Además, en el apartado 62, precisa que tales procedimientos deben ser *“gratuitos, rápidos y no vinculantes”*, condiciones que la LO 1/2025 busca cumplir mediante plazos limitados y accesibilidad. De manera similar, en Menini y Rampanelli (C-75/16), el Tribunal indica en el apartado 50 que *“la Directiva 2013/11 no se opone a una disposición nacional que haga obligatoria la mediación en litigios transfronterizos de consumo, siempre que la legislación permita a las partes renunciar a la participación”*, y en el apartado 67 enfatiza que debe garantizarse *“la efectividad del derecho a un recurso efectivo”* sin dilaciones indebidas.

En definitiva, los tribunales europeos coinciden en que *“lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sis-*

tema judicial". Estas sentencias confirman que el requisito del MASC preprocesal es compatible con el art. 24 CE siempre que no sobrepase el umbral de proporcionalidad señalado por el TJUE, lo que en la LO 1/2025 se procura garantizar mediante las salvaguardas pertinentes.

El primer título de la Ley se encarga de regular la implementación de los "tribunales de instancia" y las "oficinas de justicia" en las ciudades; mientras que el segundo título se enfoca en mejorar la eficiencia procesal del servicio público de justicia. Específicamente su capítulo I trata sobre las disposiciones generales aplicables a los MASC, mientras que el capítulo II introduce modificaciones tanto en las leyes procesales como en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

El artículo 2 define los MASC como "cualquier tipo de actividad negociadora reconocida en esta u otras leyes... a las que las partes acuden de buena fe para encontrar una solución extrajudicial". Se trata, por tanto, de un concepto jurídico abierto, que acoge no solo la mediación y la conciliación, sino también fórmulas innovadoras como la oferta vinculante confidencial, la opinión de persona experta independiente, el proceso de derecho colaborativo, así como otras formas de negociación asistida.

El artículo 5 tiene una importancia decisiva, por cuanto viene a establecer que los MASC son un requisito general en los procedimientos civiles y mercantiles en la mayoría de los casos. De forma que la demandante debe demostrar que intentó resolver el problema antes de proceder legalmente; a menos que existan razones legales para no hacerlo.

Particularmente, el artículo 4 establece exenciones al requisito de MASC en casos como medidas cautelares, procedimientos de jurisdicción voluntaria, reclamaciones por vulneración de derechos fundamentales, ejecuciones hipotecarias o litigios relacionados con violencia de género y menores, garantizando que no se aplique en situaciones donde podría dilatar injustificadamente la protección judicial urgente. Asimismo, el artículo 5 detalla que el requisito es general para procedimientos declarativos civiles y mercantiles, con acreditación documental obligatoria, mientras que el artículo 7 regula los efectos interruptivos de la prescripción y caducidad para evitar perjuicios temporales.

La acreditación del intento de arreglo debe ser detallado según lo indicado en los artículos 8 al 10. Sus requisitos son variables en atención a la participación o ausencia de un tercero imparcial, si bien esencialmente habrá que identificar a las partes involucradas junto al tema en cuestión, Expresar las reuniones llevadas a cabo y formular una declaración de buena fe.

La falta de acuerdo tiene consecuencias legales significativas como la interrupción del plazo de prescripción y la suspensión de la caducidad (artículo 7), siendo el plazo máximo para interponer la demanda de un año desde el inicio o fin del proceso negociador.

La ley también tiene incidencia en materia de costas, permitiendo al tribunal evaluar la colaboración de las partes en el proceso extrajudicial a efectos de su imposición. Se considerará negativamente el rechazo injustificado de un acuerdo propuesto o la negativa a participar en el proceso, pudiendo implicar incluso la pérdida del beneficio de costas incluso en caso de obtener una resolución favorable (arts. 245 bis, 394 LEC).

Desde el punto de vista orgánico, se reconoce y se integra la participación de diversos actores del ámbito jurídico en la gestión de los MASC: abogados/as, procuradores/as, notarios/as, registradores/as, graduados sociales, jueces/juezas y LAJs, entre otros profesionales. Esta democratización en la resolución de disputas demanda una revisión del tradicional sistema judicial y fortalece el modelo de justicia en múltiples niveles.

Una característica innovadora adicional se refiere al control del acceso a los MASC desde la perspectiva del coste, asegurando la integración de dichos servicios en el sistema de justicia gratuita y permitiendo su financiamiento parcial o total mediante fondos públicos en situaciones específicas. Esta disposición busca corregir posibles repercusiones discriminatorias basadas en la capacidad económica y alinea la reformulación normativa al principio de igualdad en el acceso judicial.

Es preciso destacar las salvaguardas jurídicas y operativas previstas para proteger a los colectivos más vulnerables. La LO 1/2025 amplía el acceso de estos grupos a los MASC: por ejemplo, incluye los MASC en los supuestos cubiertos por la asistencia jurídica gratuita y permite su financiamiento parcial o total con fondos públicos en situaciones específicas, evitando así que ciudadanos con menos recursos queden excluidos del sistema. Además, faculta a los abogados del turno de oficio (servicios de orientación jurídica) a derivar a mediación a los beneficiarios de la justicia gratuita en cualquier fase del procedimiento. Estas disposiciones, junto con otras medidas operativas (intérpretes o adaptaciones razonables para personas con discapacidad, flexibilización de plazos, materiales informativos accesibles, campañas de difusión, etc.), refuerzan el principio de igualdad. En suma, las garantías incluidas buscan asegurar que la obligatoriedad del MASC no genere discriminación ni agrave la indefensión de colec-

tivos sensibles (menores, discapacitados, inmigrantes, desempleados, etc.), cumpliendo así con el principio de igualdad en el acceso a la tutela judicial.

Finalmente es importante señalar que el uso de los MASC no impide llevar el conflicto ante la justicia posteriormente si no hay un acuerdo en contra (cláusulas vinculantes), y que los acuerdos logrados pueden tener fuerza ejecutiva al formalizarse en un documento público o ser homologados por un tribunal (artículo 13).

En resumen, la Ley no garantiza el éxito del acuerdo, pero sí requiere un genuino esfuerzo para lograrlo. Implementa una ingeniería institucional destinada a maximizar el uso de recursos y mejorar la eficiencia sin sacrificar garantías fundamentales. Impulsa de manera simultánea una cultura legal más abierta la discusión y al diálogo constructivo.

B. Limitaciones del estudio

La reciente aprobación de la Ley 1/2025 ha dejado muchos aspectos legales y prácticos en un estado de incertidumbre. “Claroscuros” que deberán ser interpretados y definidos jurisprudencialmente con el tiempo. Importantes limitaciones condicionan por tanto el análisis actual, si bien, el intercambio temprano de ideas y críticas bien fundamentadas ayuda a aclarar conceptos y puede prever criterios interpretativos futuros, lo cual es sumamente valioso en la práctica.

III. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA COMO OBJETIVO PRINCIPAL DE LA REFORMULACIÓN

A. Los MASC como presupuesto de procedibilidad: consecuencias normativas

Uno de los fundamentos principales de la Ley Orgánica 1/2025 de 2 de enero, radica en la inclusión general y obligatoria de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC) como requisito previo en casos civiles y comerciales. Esta medida transformará lo que solía ser una elección voluntaria o recomendada en una obligación legal antes del acceso al sistema judicial español, marcando un histórico cambio normativo sin precedentes.

En España no existía con anterioridad una normativa clara sobre los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (únicamente se

formulaba una apuesta por la mediación a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio), y su uso era poco frecuente al no contar las partes con un incentivo procesal adecuado. La reforma de 2025 busca superar el escaso impacto práctico de estos instrumentos, dotándolos de eficacia jurídica mediante su configuración como paso previo necesario para la interposición de una demanda.

El nuevo régimen se detalla en los artículos 2 al 13 de la Ley 1/2025. El artículo 5 establece con claridad que, salvo en los supuestos expresamente excluidos, “la interposición de una demanda exigirá acreditar documentalmente que las partes han intentado, sin éxito, resolver el conflicto a través de un MASC”. Esto supone la introducción de un requisito procesal de admisibilidad, que impacta directamente en el ejercicio del derecho a entablar una acción legal. En la práctica, significa que si no se ha intentado antes un MASC, la demanda será rechazada. A menos que se demuestre la existencia de alguna de las razones de exclusión establecidas por Ley.

El listado de materias excluidas se recoge en los artículos 4 y 5 de la propia ley e incluye, entre otras, las que versan sobre derechos indisponibles, violencia sobre la mujer, medidas cautelares, procedimientos de ejecución, jurisdicción voluntaria (salvo supuestos concretos), así como procesos en los que una de las partes sea una Administración pública. Adicionalmente, se excluyen temas especialmente delicados, como la filiación y la patria potestad, así como medidas para apoyar a personas discapacitadas o ciertos procedimientos sumarios (como los cambiarios o los relacionados con una demolición).

Se comprueba que el sistema adoptado es flexible y gradual en su enfoque. Selecciona minuciosamente los procesos donde su aplicación se consideraría más efectiva y apropiada. La proporcionalidad del requisito se ve respaldada por la presencia de excepciones y la amplia gama de MASC disponibles, junto al enfoque no formalista utilizado para evaluar el intento de encontrar una solución adecuada.

En esta línea, el artículo 8 establece que será suficiente contar con un documento firmado por las partes, o con la evidencia de una invitación no aceptada. Y si un tercero neutral ha participado en el proceso, deberá dejar constancia en un documento que cumpla ciertos requisitos mínimos. En cualquier caso, la Ley apuesta por un modelo antiformalista y de mínima carga procesal, alejado de concepciones ritualistas.

En el ámbito constitucional es necesario analizar la medida dentro del marco del derecho fundamental al acceso a la justicia (artículo 24 CE). Este derecho no implica un acceso ilimitado al proceso judi-

cial y puede estar sujeto a requisitos proporcionados y razonables. El Tribunal Constitucional ha admitido restricciones procedimentales cuando persiguen objetivos legítimos que no implican cargas excesivas y existen alternativas efectivas para acceder (STC 37/1982; y STC 185/2001). La necesidad de evitar la saturación de los tribunales y promover un enfoque conciliador, respalda la creación de un requisito procesal previo apropiado, siempre que no sea desproporcionado ni imposible de cumplir (González-Cuéllar, 2023).

Una cuestión importante a considerar son las implicaciones legales en situaciones en las que se rechaza injustificadamente participar en un MASC, particularmente en lo que respecta a las costas procesales. Los artículos 245 bis y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten al juez evaluar la conducta procesal de las partes para eximir o reducirlas, e incluso imponerlas según el grado de colaboración o resistencia durante la etapa preliminar del proceso. Incluso puede imponerlas con ánimo sancionador, castigando un mal uso del servicio público de la justicia (al margen de posibles medidas disciplinarias).

Desde el punto de vista material, el uso del MASC no impide el posterior acceso al juez tras el intento frustrado, conservando los efectos de interrupción de prescripción y suspensión de caducidad que prevé el artículo 7.

De otra parte, el acuerdo solo adquiere plena validez legal si se aprueba judicialmente o se formaliza en un documento notarial (artículo 13), a excepción del caso de la conciliación registral, cuya certificación también tiene consecuencias ejecutivas. En caso contrario,

En síntesis, la incorporación de los MASC como presupuesto procesal no es meramente simbólica. Implica una reestructuración profunda del esquema judicial convencional, superando una visión residual o puramente decorativa de la posibilidad de acuerdo extrajudicial.

Este modelo plantea retos significativos: asegurar la disponibilidad efectiva de medios, evitar una burocratización vacía del requisito, y garantizar que las partes —particularmente las más vulnerables— comprendan y puedan ejercer adecuadamente este paso previo. Pero, al mismo tiempo, ofrece una oportunidad para transformar la cultura jurídica y promover una justicia más cercana, dialogada y eficaz.

B. ¿Complemento o sustitución? El nuevo rol del litigio

El requisito de procedibilidad del intento previo de MASC, ha generado un importante debate jurídico sobre el papel que desempeña

el sistema judicial tradicional en el nuevo marco legal. ¿Estamos presenciando una gradual sustitución de los juicios como herramienta para resolver conflictos o simplemente una redefinición de su función dentro de un sistema judicial más diversificado?

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2025 deja claro que no busca eliminar por completo el papel de los tribunales ni externalizar totalmente los conflictos legales. Pretende reestructurar el acceso al sistema judicial en base a una estructura más lógica y eficaz. Y este nuevo enfoque legal confiere primacía al uso de los MASC como herramientas para resolver disputas, reservando la intervención de los tribunales como último recurso cuando fallan las negociaciones previas. De manera que esta nueva configuración no pretende menospreciar el sistema judicial existente, sino reajustar su función para garantizar una tutela efectiva en última instancia.

Desde una perspectiva constitucional, esta transformación debe articularse en torno al principio de subsidiariedad jurisdiccional. Como hemos expuesto con anterioridad, el Tribunal Constitucional avala que el legislador no esté limitado en una única vía hacia la jurisdicción, no siendo contradictoria dicha actividad con el acceso efectivo a la justicia siempre que se respeten los principios de razonabilidad, proporcionalidad y eficacia (STC 185 /2001).

Los MASC desempeñarán un papel como filtro educativo y mecanismo eficiente dentro del sistema institucional legal, mientras que el proceso judicial continúa teniendo su función como autoridad resolutoria en caso de que el acuerdo sea imposible. Este enfoque integrador evita caer en posturas extremas, como la de quienes ven los MASC como una privatización encubierta de la justicia. La Ley 1/2025 no desmantela la jurisdicción, sino que la reconfigura dentro de un ecosistema más amplio de resolución de conflictos, lo que exige necesariamente una transformación cultural tanto en los operadores jurídicos como en la ciudadanía.

C. Mediación: eje preferente del nuevo paradigma

Entre los distintos MASC que reconoce y regula la Ley Orgánica 1/2025, la mediación destaca como medio especialmente beneficioso. Esto se debe no solo a su presencia previa en la legislación española (Ley 5/2012 de 6 de julio), sino también porque refleja claramente los principios rectores que guían la reforma: autonomía de las partes, voluntariedad, buena fe, imparcialidad, confidencialidad y flexibilidad.

La mediación se concibe tanto en el ámbito nacional como en el internacional como un proceso en el que una tercera persona neutral -el mediador o mediadora- ayuda a las partes en conflicto para que lleguen por sí mismas y de manera voluntaria hacia un acuerdo mutuo sin imponer ni siquiera sugerir soluciones específicas.

A diferencia de otras formas de resolución alternativa de conflictos como el arbitraje o la opinión de experto, la mediación fomenta el diálogo estructurado y el reconocimiento mutuo para facilitar la resolución pacífica de disputas (Soletto Muñoz, 2013).

La Ley 1/2025, al regular genéricamente los MASC como requisito de procedibilidad, no limita ni restringe la aplicación de la Ley 5/2012, sino que la fortalece. De hecho, la disposición adicional duodécima establece que toda referencia legal a la mediación se entenderá realizada, también, a los MASC en general.

Sin embargo, es evidente que se prefiere el uso de la mediación por estar más desarrollada normativamente y ser estar reconocida institucionalmente, al tiempo que mejor representa los valores de justicia colaborativa.

En añadido, la mediación ofrece beneficios notables en comparación con otros métodos: fortalece el papel de las partes involucradas; fomenta el cumplimiento voluntario de acuerdos; reduce costos; agiliza los procedimientos y mejora las relaciones personales y comerciales.

Ha demostrado ser especialmente efectiva en áreas como el entorno familiar escolar y empresarial, debido a las relaciones prolongadas entre las partes involucradas, lo que aconseja especialmente una resolución negociada.

Sin embargo, el uso de la mediación en España ha sido bastante limitado hasta ahora en la práctica real, como señala propia exposición de motivos de la Ley 1/2025. La Ley 5/2012 no cumplió sus metas iniciales principalmente por su carácter voluntario, la falta de incentivos, el desconocimiento por parte de los ciudadanos y la escasa implicación de los profesionales del derecho.

La reforma del 2025, busca subsanar los déficits anteriormente experimentados con ocasión de la precitada Ley 5/2012. Y lo hace configurando los MASC como paso previo necesario antes de iniciar un proceso judicial.

En el marco de la nueva apuesta por la mediación (entre otros MASC), la Ley 1/2025 se centra en garantizar que sea accesible, con

acciones como i) su inclusión dentro de los supuestos cubiertos por la justicia gratuita, cuando el cumplimiento del MASC sea requisito procesal o se derive judicialmente; ii) la posibilidad de derivación por parte de los LAJ, incluso mediante resolución oral motivada, en cualquier fase del procedimiento; iii) la exención o reducción de las costas judiciales basada en la implicación activada o la negativa injustificada a la mediación (artículos 245 bis y 394 de la LEC).

El desafío real radica en cambiar la cultura legal tanto de los ciudadanos como de los profesionales del Derecho. La mediación no debe ser impuesta sino más bien alentada y promovida como una alternativa seria, profesional y efectiva (García-Villaluenga, 2013; Ortuño Muñoz, 2020).

Para que la mediación se consolide, requiere políticas públicas activas en cuanto a capacitación, difusión, certificación profesional y evaluación del nivel de calidad. Dotándola de la infraestructura necesaria y del reconocimiento profesional adecuado para que deje de ser una alternativa marginal y se convierta en una opción genuina y eficiente respecto al litio legal.

IV. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN LA ABOGACÍA: NUEVOS ROLES, COMPETENCIAS, DESAFÍOS Y TRANSICIONES

A. La abogacía en transición: del litigante al facilitador

La Ley Orgánica 1/2025 no solo redefine la forma en que se accede a la justicia. También tiene un impacto muy significativo en el papel profesional de los abogados.

Históricamente identificado con el ejercicio de la defensa técnica en sede judicial, el ejercicio de la abogacía se ha caracterizado por un enfoque adversarial, centrado en la representación procesal y en la obtención de una resolución favorable a los intereses del cliente en un procedimiento contencioso.

Con la introducción a modo de requisito de procedibilidad de los MASC, se cambia el enfoque principal de la práctica profesional hacia la prevención, la negociación y la ayuda en la consecución de acuerdos fuera del ámbito judicial.

Este cambio no es extraño a la tradición jurídica. El abogado siempre ha tenido una función conciliadora implícita, orientada a lograr soluciones beneficiosas para su cliente sin necesidad de acudir al proceso, especialmente en el ámbito civil y mercantil (De la Oliva,

2007). La novedad radica en que esta función, previamente opcional e informal, ahora adquiere un estatus normativo y una estructura obligatoria, lo que demandará una redefinición formal del perfil del profesional.

Vemos cómo la Ley 1/2025 no asigna una función única al abogado; reconociéndole diversas funciones posibles dentro del ámbito de MASC.

En primer lugar, como asesor de parte tiene la posibilidad de participar en procesos de mediación, conciliación o negociación asistida. Actuar como tercero neutral (mediador, conciliador, persona experta independiente), siempre que cumpla con los requisitos de formación y acreditación correspondientes. Puede colaborar en el diseño de protocolos de resolución extrajudicial de conflictos en empresas, colegios profesionales o entidades públicas. Y participar en la oferta vinculante confidencial o en la elaboración de convenios ejecutivos preprocesales.

Esta diversidad de funciones presenta desafíos claros, pero también abre nuevas posibilidades laborales para los abogados. Desde un enfoque funcional, el profesional de la abogacía debe adoptar una actitud más de diálogo que de confrontación, dirigida a fomentar la comprensión entre las partes sin descuidar la protección de los legítimos intereses de su cliente.

Esta transición implica tener habilidades en negociación, comunicación respetuosa, análisis de intereses, mediación transformadora y derecho colaborativo, entre otras áreas disciplinarias.

En este nuevo escenario legal en el que nos encontramos ahora mismo se consideran altamente valorados la honestidad y el trabajo en equipo como criterios esenciales para actuar profesionalmente dentro del campo jurídico. La participación del abogado en los MASC, no constituye simplemente un trámite formal. Más bien representa una intervención regida por principios éticos y requisitos técnicos que podrían tener implicaciones legales significativas, por ejemplo, respecto a las costas, así como en lo que respecta a su responsabilidad profesional.

Su participación debe ser compensada adecuada y respetuosamente, y la ley establece que debe su remuneración ha de estar incluida en el marco del sistema de justicia gratuita en los supuestos apropiados (Disposición final 12.^a, LO 1/2025).

Este nuevo rol implica también una reflexión sobre la identidad profesional. ¿Es el abogado un defensor en juicio o un agente de paz

social? ¿Es más importante alcanzar la victoria sobre el oponente o encontrar una solución útil y satisfactoria para ambas partes involucradas? La reformulación normativa sugiere alejarse de la visión simplista del abogado como un mero técnico legal y destacar su rol como un profesional jurídico completo que puede prevenir, manejar y resolver conflictos desde una perspectiva interdisciplinaria y centrada en obtener resultados positivos.

Adicionalmente, se abren nuevas áreas de especialización y capacitación en el ámbito legal y profesional. Colegios profesionales, universidades y centros de estudios legales necesitan actualizar sus programas de formación continua para incluir herramientas de resolución alternativa de conflictos, manejo emocional, diseño de acuerdos y pensamiento estratégico. No se trata solo de adquirir nuevas técnicas, sino también de incorporarlas en la práctica profesional habitual, superando la asociación exclusiva entre el ejercicio del derecho y los litigios.

Como ya señalaba García Villaluenga (2013), un abogado no solo debe estar familiarizado con el sistema judicial sino también ser capaz de guiar los diálogos que facilitan a las personas encontrar sus propias soluciones legales recibiendo asesoramiento especializado. Desde esta perspectiva, la Ley 1/2025 podría considerarse como una oportunidad para reinventarse profesionalmente, requiriendo dedicación, capacidad para adaptarse y disponer de una visión a largo plazo.

En resumen, la abogacía actual y futura debe ser hábil en ambos escenarios: manteniendo su función protectora tradicional y al mismo tiempo adoptando una nueva orientación constructiva y socialmente comprometida.

B. Profesionalización, nuevas competencias y formación

La reestructuración completa del profesional de la abogacía demandará una revisión exhaustiva tanto en la educación legal como de las habilidades técnicas e interdisciplinarias necesarias para desempeñarse efectivamente en este nuevo entorno. Los MASC colocan al abogado en un rol activamente participativo desde el inicio del conflicto; desempeñando funciones que van más allá de la simple redacción de la demanda. En este escenario particular, el letrado debe tener la capacidad para guiar a su cliente en la selección del medio de solución más apropiado, asistirle durante el proceso o incluso actuar como tercero neutral si así se le requiere.

Para poder ejercer estas nuevas responsabilidades de manera efectiva no es suficiente tener un amplio conocimiento del Derecho sustantivo y procesal. Es fundamental adquirir un conjunto de habilidades profesionales específicas que son esenciales para destacarse en este campo:

- Técnicas de negociación y resolución de conflictos: conocimiento de los modelos Harvard, transformativo, circular-narrativo, etc.; manejo de objeciones y gestión de la escalada.
- Habilidades emocionales y autorregulación: Identificación de sentimientos personales y ajenos; manejo de situaciones conflictivas bajo presión.
- Redacción de contratos y gestión de riesgos legales: redacción de cláusulas precisas, anticipación de incumplimientos y aseguramiento de ejecución.
- Enfoque multidisciplinario con la inclusión de aspectos psicológicos y sociológicos en la gestión legal de conflictos.

Estas competencias, si bien en algunos casos pueden adquirirse de forma intuitiva a través de la experiencia, requieren para su consolidación un proceso sistemático de formación y evaluación, algo que la práctica tradicional de la abogacía no ha desarrollado suficientemente. En palabras de Ortuño Muñoz (2020), la abogacía actual debe dar el salto “del ensayo y error a la profesionalización metodológica”.

En relación con este aspecto específico, la Ley 1/2025, transmite un mensaje claro: la solución colaborativa de disputas ya no se considera un complemento, sino un componente fundamental del proceso. Por lo tanto, las instituciones académicas, los colegios profesionales y los centros de enseñanza legal tienen la obligación de ajustar sus planes de estudio para asegurar una formación completa que englobe:

- Asignaturas obligatorias sobre MASC en el grado y máster de acceso a la abogacía.
- Entrenamiento práctico en simulaciones de mediación y negociación asistida.
- Programas reconocidos y certificados por los órganos competentes en el ámbito de la mediación y otras técnicas alternativas de resolución de conflictos.
- Reciclaje obligatorio o incentivado para profesionales en activo, sobre todo mediante la participación en programas de formación continua organizados por los colegios de abogados.

En añadido, con la nueva se hace necesario fortalecer los principios y el compromiso ético en estos nuevos entornos legales. La participación del abogado en calidad de tercero imparcial —por ejemplo, como mediador o perito independiente— exige una clara definición de roles, un alto nivel de imparcialidad y transparencia, así como la superación de prácticas arraigadas en el litigio convencional. Los códigos éticos deben adaptarse más específicamente a estas nuevas circunstancias.

Es importante destacar que tanto el Consejo General de la Abogacía Española como diversos colegios profesionales han estado impulsando programas formativos sobre mediación y negociación durante más de diez años. No obstante, la implementación de la Ley 1/2025 requiere una revisión rápida y ambiciosa de estas iniciativas para poder hacer frente eficientemente a las nuevas exigencias normativas sociales y culturales.

La necesidad de profesionalización va más allá del aspecto técnico y abarca otros ámbitos también. Esta reforma propone una concepción del abogado como un agente comprometido con el acceso igualitario al sistema judicial, la facilitación del diálogo social y la eficacia del procedimiento. Esto implica un cambio en la forma en que muchos profesionales jurídicos conciben la resolución de conflictos, ya que era frecuente considerar solo el litigio como modo legítimo. El abogado debe saber discernir junto con sus clientes cuándo es más conveniente optar por una negociación amistosa en lugar aspirar a una sentencia judicial.

El cambio requerido supone un desafío institucional y pedagógico crucial, pero también una oportunidad para reforzar la legitimidad social de la profesión y su capacidad para adaptarse a un entorno jurídico en constante cambio.

C. Digitalización y entornos de resolución colaborativa

Uno de los aspectos esenciales y complementarios es la integración de la tecnología en el sistema y la creación de plataformas digitales para resolver conflictos de manera colaborativa. Aunque esta dimensión tecnológica no es el centro de la reforma, juega un papel crucial en su efectividad práctica y afecta directamente el ejercicio de la abogacía.

La Ley 1/2025 no regula de forma exhaustiva los medios digitales aplicables a los MASC, pero sí habilita a las Administraciones competentes —en particular el Ministerio de Justicia y las Comunidades

Autónomas con competencias transferidas— para que desarrollen plataformas electrónicas destinadas a la gestión, acreditación y seguimiento de los procedimientos MASC. En este sentido, la norma se alinea con los objetivos del “Plan Justicia 2030”, que contempla la justicia digital como un eje estratégico, junto con la eficiencia procesal y la cohesión territorial.

Estas herramientas tecnológicas pueden y deben: i) facilitar una variedad de tareas prácticas; ii) Posibilitar reuniones de mediación o negociación por videoconferencia para asegurar la participación de las partes de forma remota sin requerir desplazamientos físicos; iii) registrar de manera electrónica el cumplimiento de la condición de procedibilidad utilizando modelos estándar y sistemas para rastrear la documentación correspondiente; iv) integrar información de bases de datos y registros digitales entre expertos en la materia y entidades judiciales y gubernamentales; v) crear documentos electrónicos que certifiquen los esfuerzos realizados para resolver disputas fuera de los tribunales, otorgándoles validez y reconocimiento oficial.

Ciertamente, desde una perspectiva legal, estos avances representan un cambio significativo en la forma de relacionarse tanto el cliente como las partes adversas y el sistema judicial en sí mismo. El abogado deberá ser capaz de moverse hábilmente en entornos virtuales, administrar expedientes digitales, mantener la confidencialidad en medios en línea y utilizar plataformas mixtas para interactuar, todo ello sin descuidar las garantías procesales y éticas.

Este fenómeno conecta con el crecimiento exponencial de los denominados ODR (Online Dispute Resolution), una categoría cada vez más relevante en el derecho comparado. Tal como señala la doctrina (Vilalta, 2023), los ODR no son simplemente “versiones digitales” de los MASC tradicionales, sino espacios propios de resolución colaborativa, con lógicas de funcionamiento distintas, algoritmos de ayuda a la decisión y potencialidades nuevas en cuanto a accesibilidad, eficiencia y escalabilidad.

La práctica internacional muestra que los ODR pueden ser especialmente útiles en conflictos de consumo, arrendamientos, servicios financieros, conflictos laborales leves o reclamaciones transfronterizas, donde las cantidades en disputa no justifican un proceso judicial, pero donde la respuesta debe ser rápida y jurídicamente segura. En algunos países, como Canadá, Reino Unido o Países Bajos, ya existen plataformas públicas o mixtas que permiten realizar toda la gestión del conflicto —desde la queja inicial hasta el acuerdo final— de forma completamente digital.

En España se observan iniciativas privadas y algunos servicios experimentales en el ámbito de la resolución de disputas en línea (ODR). Sin embargo, para establecer un sistema público sólido será necesario contar no solo con una legislación de apoyo. También estándares técnicos compartidos y protocolos de actuación profesional bien definidos junto con una formación específica para los profesionales del derecho involucrados.

El desafío no se limita únicamente al ámbito tecnológico, sino que también abarca lo cultural y lo profesional según señala Soletto Muñoz (2022), quien advierte que “la digitalización no siempre implica justicia; la tecnología debe servir al individuo y resolver conflictos en lugar de ser lo contrario”.

Un abogado no sólo debe estar familiarizado tanto con el uso de herramientas, también ha de saber cuándo y cómo emplearlas de manera adecuada y segura en aspectos como la protección de datos personales de los clientes, identidad digital del usuario o transparencia en el procedimiento legal para garantizar que haya un consentimiento informado por parte del cliente al utilizar estas tecnologías digitales.

Además, la digitalización presenta nuevas demandas en términos de seguridad, accesibilidad universal y sustentabilidad que los bufetes profesionales deberán encarar gradualmente.

V. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica 1/2025 del 2 de enero marca un giro significativo estructural y cultural en el sistema de acceso a la justicia en España. No se limita a operar cambios técnicos y procesales para aliviar la carga de los tribunales. Representa una alteración profunda de las dinámicas que tradicionalmente han dirigido la resolución de disputas. Por vez primera se establece un sistema que vincula el ejercicio de la acción legal al intento previo de resolver el conflicto fuera del ámbito judicial.

Esto coloca en una posición central, especialmente dentro del sistema de justicia civil y mercantil, a los conocidos como “Métodos Adecuados de Solución del Conflicto” (MASC).

El cambio de paradigma no implica una completa eliminación del sistema judicial tradicional. Sigue existiendo, pero pierde su posición de principal protagonista y se establece como una vía de último recurso, que solo se activará cuando los intentos razonables de diálogo y resolución amistosa hayan fracasado. La jurisdicción mantiene su

papel de garantía, pero ya no tiene el monopolio en la resolución de conflictos, sino que se inclina hacia un modelo más plural participativo y adaptado a las necesidades reales de las partes.

La principal ventaja de este sistema radica en su habilidad para combinar eficiencia y protección garantizada. Al exigir que se intente una solución previa como requisito previo al proceso, se incorpora un filtro jurídico sensato que no impide el acceso al sistema judicial, pero sí motiva la reconsideración sobre su utilización como primera alternativa. El propósito no es entorpecer sino optimizar. Fomentar la responsabilidad de las partes en la gestión de sus propios conflictos.

La resolución extrajudicial de conflictos tiene carácter voluntario y confidencial, lo que la convierte en la herramienta perfecta para mantener relaciones personales y comerciales saludables, promover la cultura del acuerdo y fortalecer la autonomía de las partes involucradas.

Aunque la mediación ya estaba establecida por la Ley 5/2012, su limitada implementación práctica se atribuía en parte a la falta de estímulos normativos. La reforma operada por Ley 1/2025, confiere un papel central a los MASC, promoviendo su integración como parte común del proceso para resolver disputas sin necesidad de destacarlo específicamente.

El estudio doctrinal y la discusión académica desempeñan una función irremplazable al tratar de anticipar posibles respuestas futuras de la jurisprudencia en el intento de proporcionar un marco de interpretación coherente.

La importancia de la abogacía en el éxito de la reforma será decisiva. Estos profesionales no se limitarán ya al aspecto técnico del litigio, sino que en muchas situaciones se convertirán en mediadores del conflicto y facilitadores del acuerdo. Serán creadores de soluciones legales consensuadas.

Esta transformación no implica abandonar su función principal de defensa sino más bien ampliar sus horizontes profesionales: quien se enfoque no solo en ganar procesos legales sino en resolver de manera útil y satisfactoria el problema jurídico planteado, será considerado el que defiende mejor.

Será preciso que los letrados adquieran nuevas habilidades y conocimientos: destreza en negociación y mediación efectivas; capacidad para comunicarse empáticamente; comprensión del derecho colaborativo; y competencia en controlar las emociones durante conflictos legales complejos.

Concurre una necesidad adicional consecuencia del avance tecnológico: familiarizarse y trabajar eficientemente en entornos digitales modernos. Garantizando al tiempo la integridad ética y legal en estos ámbitos virtuales.

Esta profunda reestructuración del servicio público de justicia no puede ser realizada de manera improvisada. Es preciso acometer reformas educativas, tanto en los niveles tanto de grado como de postgrado y en la formación continua supervisada por los colegios profesionales correspondientes. Los MASC no deben considerarse como materias opcionales o secundarias, sino como componentes fundamentales del ejercicio profesional.

Se debe procurar un cambio en la mentalidad de los profesionales hacia una visión más comprensiva del conflicto y del rol social de la ley para superar actitudes adversas arraigadas en la profesión.

Sin embargo, el cambio no solo concierne al ámbito legal ya que su éxito requiere una inversión constante por parte de las instituciones en recursos materiales y humanos adecuados, además del aspecto tecnológico.

El riesgo potencial de burocratización del nuevo modelo tampoco debe pasar por alto. Si el MASC se convierte en un simple trámite para acceder al juzgado sin contenido genuino ni ética impulsora, puede convertirse en una carga adicional para los ciudadanos y generar frustración entre los profesionales del derecho.

Es crucial que la buena fe requerida por la ley se refleje en una práctica profesional coherente: una participación auténtica basada en una verdadera voluntad de diálogo y un enfoque orientado hacia la conciliación. Solo de esta manera se puede evitar que el sistema se derrumbe debido a su propia estructura, al replicarse previamente las fallas que se intentaban corregir en el ámbito judicial.

En líneas generales se puede decir que la Ley Orgánica 1/2025 no solo es una normativa procesal; es también un agente de cambio sistémico importante. Su enfoque implica un cambio significativo en la forma en que se entiende el Derecho y el conflicto; así como también en el rol de las instituciones y de los abogados. Este cambio no ocurrirá de forma instantánea ni automática; requiere tiempo y compromiso por parte de todos los implicados.

Como en todo cambio estructural importante, los resultados dependerán en gran medida de cómo se lleve a cabo la implementación. Será fundamental observar la evolución de los criterios legales establecidos por la jurisprudencia, cómo reaccionan los actores del ám-

bito legal, qué papel adoptan las asociaciones profesionales, y hasta qué punto se consigue fomentar una verdadera cultura de resolución colaborativa. Existirá oposición, sin duda. Pero también habrá espacio para la innovación, el progreso y un liderazgo ético.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Normativa

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, 29 de diciembre de 1978.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, núm. 162, 7 de julio de 2012.

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Boletín Oficial del Estado, núm. 3, 3 de enero de 2025.

UNCITRAL. (2002). Model Law on International Commercial Conciliation. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (España). (1982). STC 37/1982, de 16 de junio.

Tribunal Constitucional (España). (2001). STC 185/2001, de 17 de septiembre.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 18 de marzo de 2010, Rosalba Alassini y otros contra Telecom Italia SpA y otros (asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08), ECLI:EU:C:2010:146.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de junio de 2017, Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa (asunto C-75/16), ECLI:EU:C:2017:457.

Obras doctrinales

- CAPPELLETTI, M., & GARTH, B. (1978). *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Milan: Giuffrè.
- CHIOVENDA, G. (1930). *Principi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2007). *El abogado en la justicia civil: más allá del proceso*. Madrid: Civitas.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2020). *La justicia del siglo XXI: retos y oportunidades para una resolución pacífica de los conflictos*. Madrid: Aranzadi.
- SOLETO MUÑOZ, H. (2013). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos.
- ZANON, P. (2010). *Giustizia e processo nel medioevo*. Bologna: Il Mulino.

Publicaciones

- AZPARREN, A. (2025). Justicia deliberativa y MASC: un nuevo horizonte para la paz social. *Economist & Jurist*, 26 de febrero de 2025.
- CONSEJO DE EUROPA. (1998). Recomendación R(98)1 sobre la mediación familiar. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- GARCÍA-VILLALUENGA, L. (2013). La mediación a través de sus principios. *Revista de Mediación*, 6(1), 15–34.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2023). Garantías procesales y métodos alternativos de resolución de conflictos. Madrid: La Ley.
- SOLETO MUÑOZ, H. (2022). Conflicto y transformación en entornos digitales: los retos de la justicia tecnológica. *Revista de Resolución Alternativa de Conflictos*, 14(2), 103–117.
- VILALTA, A. E. (2023). La resolución de conflictos en línea (ODR): una herramienta para la justicia digital y colaborativa. *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, (17), 45–68.
- WALZBURGER, S., PELLENZ, M., & STARKE, F. (2019). Atuação dos advogados: marcos legais e novas possibilidades em mediação empresarial. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, 10(2), 215–239.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DISCIPLINA Y NORMATIVA PENAL MILITAR EN LOS EJÉRCITOS DE LA MONARQUÍA HISPÁNICA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII

ORIGIN AND EVOLUTION OF MILITARY PENAL DISCIPLINE AND REGULATIONS IN THE ARMIES OF THE HISPANIC MONARCHY IN THE 16TH AND 17TH CENTURIES

CÉSAR MARTÍNEZ GONZÁLEZ

Doctorando en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (UNED)

Sumario: *I. Prólogo. - II. Las raíces de las ordenanzas militares en castilla y aragón durante el medievo. - III. Las ordenanzas militares de los reyes católicos. - IV. Ordenanzas militares de los primeros austrias. Siglo XVI.- V. Ordenanzas militares de los últimos austrias. Siglo XVII.- VI. La jurisdicción militar: el fuero militar. - VII. Conclusiones.*

Resumen: Una de las cuestiones más importantes para conocer el desarrollo de los ejércitos desde los tiempos de la reconquista medieval hasta la llegada de la dinastía de los Borbones, es saber cómo surgen y evolucionan las normas disciplinarias y penales que regulan el comportamiento militar dentro de la institución castrense. En este estudio se podrá observar cómo prácticamente los hechos castigados son los mismos a lo largo de los distintos períodos, siendo lo que cambian las penas y sanciones según evolucionan las circunstancias, y sobre todo gracias al cambio de la dinastía de los Habsburgo a los Borbones. Además, influye notablemente en este sentido las corrientes políticas y filosóficas dentro de la Edad Moderna, sin olvidar la especialidad de la jurisdicción militar que condiciona el desarrollo y funcionamiento de las normas penales y disciplinarias militares, a través del llamado fuero militar.

Palabras clave: Pena, Privilegio, Ordenanza Militar, Jurisdicción, Justicia Militar.

Abstract: One of the more important questions to know the development of the armies from the times of the medieval reconquest to the arrival of the Bourbon dynasty, is to know how the disciplinary and penal norms that regulate the military behavior within the army arise and evolve, military institution. In this study it can be observed how practically the acts punished are the same throughout the different periods, with the penalties and sanctions changing as circumstances evolve, and especially thanks to the change from the Habsburg dynasty to the Bourbons. In addition, the political and philosophical currents within the Modern Age have a notable influence in this sense, without forgetting the specialty of the military jurisdiction that conditions the development and operation of military penal and disciplinary norms, through the so-called military jurisdiction.

Key words: Penalty, Privilege, Military Ordinance, Jurisdiction, Military Justice.

I. PRÓLOGO

Existen numerosos estudios relacionados con el ejército español en cuanto a su evolución histórica, que han tratado de analizar la composición de las distintas unidades, armamento, logística, orgánica y normativa como aspectos más señalados. Dentro de la normativa militar, mencionada anteriormente, el objeto de este estudio se centra en extraer una cuestión que quizá, no ha sido suficientemente analizada como es la normativa penal y disciplinaria que fue surgiendo, en mayor medida, a través de las distintas ordenanzas militares durante un período concreto de la historia de España: la Edad Moderna. Para ello, primero es necesario remontarse a un período anterior como es la Edad Media, ya que la normativa existente en dicho período va a condicionar la primera etapa de la Edad Moderna. La cuestión fundamental es, por una parte, visualizar la línea conductora de imposición de castigos y penas que se mantienen durante todo el período moderno desde su principio hasta su final, y por otro, establecer las diferencias que surgen como consecuencia de la evolución de los ejércitos durante toda esta amplia etapa. En especial, se pretende analizar desde el punto de vista penal, si el final de los Austrias y llegada de los Borbones tuvo una transcendencia vital en esta cuestión. Desde la Edad Media, hasta los inicios del siglo XVIII, las ordenanzas militares se han venido agrupando bajo dos tipos: Ordenanzas Particulares, las

cuales tenían como finalidad regular a las tropas en una campaña o territorio determinados, y las Ordenanzas Generales cuyo ámbito se aplicaba a todos los ejércitos y en cualquier territorio. Para Navarro Méndez (2010) ¹ con la llegada de la Casa de Borbón a España, los nuevos monarcas empezaron a emitir disposiciones que, a diferencia de las anteriores, ya solo eran de obligado cumplimiento a los ejércitos y en todos los lugares con presencia de la Corona de España. De este modo, con estas normas se buscaba regularizar la disciplina, la subordinación y servicio en la milicia.

Dentro de las muchas cuestiones que contienen las ordenanzas militares, la disciplina era un asunto de vital importancia. De esta manera, podemos definir la disciplina militar como la regulación de los comportamientos de los soldados y jefes, obligando a sus integrantes a seguir unos códigos de conducta que exigen una vestimenta, unos determinados comportamientos, unas normas de aseo y cuidado corporal, junto con unas relaciones con los superiores, compañeros y resto del personal militar, que son diferentes al resto de la población civil. Para garantizar el cumplimiento de las normas militares, los distintos gobernantes han tratado de regular y sistematizar las consecuencias penales que acarrea el salirse de las normas establecidas. Así, la disciplina era considerada como uno de los elementos esenciales para conseguir la victoria, y su aplicación, consistía en castigos físicos o pena capital como norma habitual de la época. Zamora Navarro (2017)² dice que estas consecuencias penales eran inmediatas para salvaguardar la disciplina y no se basaban en un catálogo de posibles faltas, sino en la percepción de los mandos que, cuando estimaban inapropiada la conducta de un soldado o un grupo de ellos procedían a su corrección, en algunos casos con excepcional dureza e incluso con la imposición de la pena de muerte. En este aspecto, se puede observar una arbitrariedad casi absoluta en los militares con potestad punitiva para recurrir a los diferentes métodos de castigo, por lo que la objetividad y proporcionalidad requerida al hecho cometido, dependía en un alto porcentaje del criterio subjetivo de quien aplicaba la justicia en ese momento y sobre ese hecho en concreto. Este estudio tiene como fin, entre otras cosas, extraer todas las cuestiones disciplinarias y penales que sean relevantes de las distintas ordenanzas militares y demás tipología de normativa penal que estuvie-

¹ NAVARRO MÉNDEZ, J., (2010), "La instrucción de 1536 u Ordenanza de Génova (la génesis de los Tercios)", *Revista Ejército*, nº 827, pp. 108-110, p. 108.

² ZAMORA NAVARRO, J.F., (2017), "El nuevo reglamento de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas", *IEEE*: publicación digital, pp. 1-18, p. 4.

ron vigentes durante el período de la Edad Moderna en España y sus posesiones de Ultramar.

II. LAS RAÍCES DE LAS ORDENANZAS MILITARES EN CASTILLA Y ARAGON DURANTE EL MEDIEVO

Las Ordenanzas Militares de la España Moderna hundieron sus raíces en la Edad Media peninsular. En concreto, en los territorios que, con el paso del tiempo, integraron la Corona de Castilla y la Corona de Aragón. Ambas, tuvieron que estructurarse y ordenarse sobre una base militar ante la necesidad, primero, de resistir a la entrada musulmana y, después, a lo largo de toda la época medieval, buscando el avance y repoblación a través del territorio.

Durante los siglos de lucha entre los reinos cristianos y musulmanes, en la España cristiana no existía un ejército profesional permanente, las tropas se reclutaban mediante el sistema de levás o mediante la colaboración al esfuerzo de la guerra de las propias huestes del rey, las mesnadas de los nobles, las milicias concejiles y las Órdenes de Caballería. Esta realidad, para Arranz Guzmán (2017)³ hacía difícil mantener una disciplina homogénea, basando la estructuración del ejército en la fidelidad a los jefes. Aunque sí hubo intentos de regular el comportamiento de las tropas, en muchos casos a través del derecho visigodo, como fue el caso de la norma militar dictada por el rey Wamba en 673, donde se ordenaba la movilización de todos los súbditos en un territorio de 100 millas a la redonda de la zona en que se presentase una situación de peligro, bajo pena de destierro para los obispos y sacerdotes, entrega en servidumbre y confiscación de bienes para los seglares o destierro y pérdida del patrimonio, puesto que el incumplidor debía reparar los daños producidos por los enemigos⁴.

Nuevamente, Arranz Guzmán (2017)⁵ refiere que la primera fuente normativa que reguló el comportamiento de los soldados en batalla, la encontramos en los diferentes fueros que surgen en la época de la Alta Edad Media, tales como el Fuero de Cuenca, el Fuero de Sepúlveda, el Fuero de Plasencia o el Fuero de Madrid, entre otros.

³ ARRANZ GUZMÁN, A., (I extraordinario de 2017), "Las raíces de las Ordenanzas Militares en la Castilla Medieval", *Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias*, Instituto de Historia y Cultura Militar, pp. 15-58 ISSN: 0482-5748 RHM.01, pp.15 y ss.

⁴ DERECHO UNED, "El ejército y su organización en la España visigoda", URL: <https://derechouned.com/libro/historia/2180-el-ejercito-en-la-espana-visigoda>. Consultado el 15 de septiembre de 2022.

⁵ ARRANZ GUZMÁN, A., *op. cit.*, p. 26.

En estos fueros destacaron, en primer lugar, los delitos de traición, desde la entrega de una fortaleza al enemigo hasta el hecho de llevar armas, hierro o madera a tierras de infieles. La condena de este tráfico ilícito ocupó un lugar destacado en el fuero de Cuenca y en los de la familia derivados del mismo, como el de Béjar, o el fuero de Madrid. También es mencionado el delito de espionaje. En el fuero conquense, así como en los de Zorita de los Canes, Béjar y en el Fuero sobre *“el fecho de las Cavalgadas”*, se castigaba la actividad delictiva de enviar mensajes a los musulmanes, estableciéndose en algunos, incluso, un premio en metálico para quien llevara a la ciudad, vivo o muerto, al adalid moro o al *naciado*, o *enaciado*. Sirva el ejemplo del fuero de Cuenca, donde se dice que: *“Cualquiera que traiga un adalid moro al concejo reciba diez maravedíes, y el que traiga la cabeza de un espía conocido, perciba cinco maravedíes y estos maravedíes, tanto por el adalid como por el espía, déselos el concejo”*⁶.

Con respecto al saqueo, se prohibía que los guerreros se detuvieran a robar mientras se encontraban en pleno combate, en villa, castillo o campo abierto, según se refleja en los fueros de Zorita, Plasencia o Usagre. En algunos, como el conquense, tal acción se castigaba con una severa pena: *“Si el concejo o los componentes de la cabalgada o del apellido entablan una batalla campal, y antes de que el pendón regrese de la persecución alguno saquea el campo de batalla o hurta algo, pague cuatrocientos maravedíes y sea desterrado para siempre. Y si no tiene de donde darlo, sea despeñado”*⁷. Asimismo, en fueros como los de Cuenca o Béjar, se sanciona a quienes malmetieran o concibieran algún acto de rebeldía y, en definitiva, conspiraran contra las autoridades o jefes de la hueste. La insubordinación se recogía con especial dureza en el Fuero sobre *“el fecho de las Cavalgadas”*, al castigar con mutilación, concretamente la mano derecha, a todo aquel que actuara contra el caudillo de la cabalgada. Arranz Guzmán (2017)⁸ señala que las negligencias en el servicio de vigilancia y vela también fueron sancionadas en fueros como los de Cáceres y Usagre. El castigo recibido por quien se durmiera durante el servicio de vigilancia se incrementaba severamente si sobrevenía por ello algún daño a la hueste. Los delitos comunes también tuvieron su reflejo en los textos forales aplicados a la milicia. De este modo, la pena que recaía por perpetrar cualquier infracción común se incrementaba cuando se realizaba

⁶ Cf. Ureña, Rafael, (1935), Fuero de Cuenca, Madrid. Existen otras ediciones posteriores, como la de llevada a cabo con motivo del VIII Centenario de la conquista de la ciudad por Alfredo Valmaña, (1978), El Fuero de Cuenca, *Editorial Tormo*, Cuenca, citado por ARRANZ GUZMÁN, A., *op. cit.*, p. 27.

⁷ ARRANZ GUZMÁN, A., *op. cit.*, p. 28.

⁸ ARRANZ GUZMÁN, A., *op. cit.*, p. 27.

estando en la hueste, desde el simple hurto en campaña hasta el asesinato de un guerrero mientras ambos se hallasen en cabalgada. En este último caso, la pena marcada, por ejemplo, en el de Usagre, es la horca. Es decir, si el delito lo comete un miembro del pueblo sería un tipo penal común pero la comisión del mismo hecho por parte de un autor perteneciendo a una mesnada aumenta el grado del delito. Por lo tanto, se aprecia que el texto mencionado ya recoge la figura penal del agravante. El abandono del ejército y la desertión, acabarían ocupando un lugar fundamental en el derecho penal militar, pero en los fueros municipales todavía no era observado con especial dureza si se atiende a la pena que marcan. En el fuero de Usagre sólo se castigaba al caballero que abandonara la hueste sin mandamiento con dos maravedíes por cada noche pasada fuera. No obstante, Ballesteros (2020) ⁹ atestigua que el endurecimiento de la pena sería progresivo según se demuestra en el “*Fuero de las Cavalgadas*”, o en las mismas Partidas, donde se le condenaba a ser abandonado por sus compañeros en tierra enemiga.

Un tema tratado en estos fueros mencionados, fue el relativo a los fraudes, o robos perpetrados por parte de las mesnadas y, sobre todo, los que se refieren al botín. Arranz Guzmán (2017)¹⁰ indica que en el Fuero de Cuenca se sancionaba al adalid y a los oficiales que no pagaran la parte correspondiente del botín a quienes los habían acompañado en la expedición. Tanto en este fuero, como en los de Coria y Usagre se castigaba a quienes robaran parte del citado botín. En general, los numerosos preceptos dedicados al reparto del botín en el conjunto de los fueros, son una prueba sobrada de la gran importancia otorgada por el conjunto de la población al tema de la distribución de las ganancias obtenidas en la guerra. En este sentido, por ejemplo, también se castigaba al cuadrillero que cometía robo o engaño en la partición del botín a pagar la parte proporcional que había defraudado; a que su condición de ladrón fuera pregonada; a no poder prestar testimonio en juicio; y a imposibilitarle ejercer oficio alguno del concejo. Por lo tanto, se observa como las penas tienen un carácter principal y otras son accesorias, ya que un mismo hecho podía acarrear más de una consecuencia penal. Incluso, se aprecia lo que hoy podía considerarse penas de inhabilitación de cargo público o restricción de derechos.

A partir del siglo XIII, fruto de la recepción del Derecho Romano Justiniano y del gran renacimiento cultural desarrollado a finales del

⁹ BALLESTEROS, A., (2020), “Fuero de Atienza”, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, nº 68, Madrid, Real Academia de Historia, p. 268.

¹⁰ ARRANZ GUZMÁN, A., *op. cit.*, p. 28.

siglo XII en el conjunto de las disciplinas, desde la filosofía a la historiografía, vieron la luz diversos tratados, destacando por encima de todos las Partidas de Alfonso X el Sabio, concretamente “*Las siete partidas*” del rey castellano. Éstas constituyen posiblemente la más antigua de las grandes Ordenanzas Militares de la Península, tratándose temas como el “*ius ad bellum*”, un avance de los valores que se exigirían a todo soldado reconocido, y a la organización militar, además de introducir una serie de novedades. Aunque estas normas están casi siempre inspiradas en textos forales anteriores en cuestiones disciplinarias y penales, tratan de innovar apareciendo una serie de rasgos distintivos, ligados a la utilización de un nuevo lenguaje y al peso del Derecho Canónico¹¹.

La cuestión de las normas y castigos se encontraba en la partida II, título 28: “*Ley 1 Castigo es ligero amonestamiento de palabras o de herida de palo que hace el caudillo contra algunos cuando le fuesen desmandados o no fuesen sabedores de las cosas que se han de guardar en la guerra, y escarmiento es pena que manda dar el caudillo contra los que errasen como en materia de juicio. Y las razones por las que esto se debe hacer son doce: la primera, si diesesen sabiduría a los enemigos de los suyos; la segunda, si se fuesen para ellos; la tercera, si viniesen con ellos a hacer mal a los suyos; la cuarta, si no se quisiesen acaudillar; la quinta, si metiesen desacuerdo entre la gente; la sexta, si volviesen pelea; la setena, si se hiriesen o se matasen o se deshonrasen unos a otros por palabra o hecho...*”¹².

Por último, para aquellos que huían de la batalla, el castigo impuesto por el rey sabio era la pena de muerte. Todo lo mencionado anteriormente, es derecho castellano, pero también tenemos que hacer referencia al derecho aragonés perteneciente a la corona aragonesa. En el caso de Aragón, “*Las ordenacions*” tenían por objeto atajar comportamientos desordenados y restablecer la necesaria disciplina militar entre los alistados. Así, Ferrer Mallol (2001)¹³ documenta que en 1.389 se estableció una orden al escribano de descontar de sus soldadas aquello que ciertos incontrolados hubieran robado a las gentes del país; y de 1.390 se conoce una orden de reportarse o reincorporarse a filas a los dispersos por indisciplina.

¹¹ *Ibid.*, pp. 33 y 34.

¹² LUARNA EDICIONES, “Las siete partidas. Alfonso X el sabio”, URL:<http://www.ataun.eu/bibliotecagratiuita/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas.pdf>, Consultado el 19 de noviembre de 2022.

¹³ FERRER MALLOL, M.T., (2001), “La organización militar en Cataluña en la Edad Media”, *Dialnet, Revista de Historia Militar, Dedicado a: Conquistar y defender: los recursos militares en la Edad Media hispánica*, Número Extraordinario 1, publicación digital, pp. 119-222, pp. 177-178.

III. LAS ORDENANZAS MILITARES DE LOS REYES CATÓLICOS

La labor de los Reyes Católicos, desde el punto de vista militar, contribuyó a forjar la identidad de la unidad nacional. Con la unificación de las dos Coronas, y con el afán de crear un Estado Moderno, los Reyes Católicos dictaron una serie de ordenanzas que buscaban integrar de una manera más sintetizada el contenido militar de las Partidas del rey sabio y también las elaboradas en 1.390 durante el reinado del rey aragonés Juan I. Martínez Ruiz (2017) deja claro que, en el ámbito castrense no hubo ningún problema a la hora de integrar los textos en una sola ordenanza militar para la nueva monarquía que surgía. En este período se constató que realmente no había ordenanzas generales, solo particulares, pero algunas de éstas, al ser las únicas existentes, se aplican a todo el ejército¹⁴. Al terminar la guerra contra el reino nazarí de Granada, Isabel y Fernando se percataron de que los conflictos futuros los llevarían a chocar con la Corona de Francia, donde sus medios bélicos eran claramente inadecuados frente a los franceses. Por esta razón, pidieron a sus colaboradores que prepararan un plan de reforma para neutralizar con éxito la poderosa caballería pesada gala, en donde residía en gran medida el poder del rey francés¹⁵. Para analizar la organización de los ejércitos de los Reyes Católicos, en cuanto a normativa, se toma como punto de partida el final del siglo XV, concretamente el año 1.496 y a principios del siglo XVI el año 1.503. Debido a que se consideran ambos, los años del origen de la historia del ejército como institución. Por esta razón, es por lo que se considera al ejército como una de las primeras organizaciones creadas por el nuevo Estado, que comenzó a estructurarse en esta época. Con los Reyes Católicos empezó a formarse una forma de gobierno donde se establecieron los cimientos de una administración militar unificada, gracias a la cual la monarquía pudo protagonizar el espectacular despliegue posterior que llevaría a cabo durante las siguientes décadas. Esta cuestión indica que el Estado ha ido evolucionando, tratando de controlar al máximo el monopolio legítimo de la violencia para preservar sus fines, proteger y defender a los súbditos que se encuentran en él. Para realizar esta misión, el Estado cuenta con el nuevo ejército como su máximo exponente. En este caso, es cuando es necesario regular el comportamiento de los militares y la

¹⁴ MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), “El ejército de los Austrias y sus ordenanzas”, *Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias*, Instituto de Historia y Cultura Militar, pág. 101-134, ISSN: 0482-5748, p.103.

¹⁵ MARTÍNEZ RUIZ, E., (2008), “Los soldados del Rey. Los ejércitos de la Monarquía Hispánica (1480-1700)”, *Editorial Actas*, Madrid, p.46.

aplicación de las correspondientes penas para corregir las conductas de sus miembros.

Entre octubre de 1.495 y febrero de 1.496, los Reyes Católicos promulgaron una serie de ordenanzas que sentaron las bases de la organización militar. Es Martínez Laínez (2021) quien dice que la reforma se fundaba sobre bases jurídicas, organizativas y logísticas¹⁶. Más tarde, los Reyes Católicos promulgaron en 1.503 unas ordenanzas denominadas: “*Ordenanzas para la buena gobernación de las gentes, de sus guardas (Guardas Viejas de Castilla), artillería y demás gentes de guerra y oficiales de ella*”. Además, estas ordenanzas ya incluían la moralidad de la tropa y medidas disciplinarias. Así, se ratificaba una tendencia que registraría un hito importante con la Ordenanza de 1.503, valorada muy positivamente como la base de la primera organización militar y considerada como el punto de arranque de la serie de ordenanzas militares que jalonan el siglo XVI español¹⁷.

IV. ORDENANZAS MILITARES DE LOS PRIMEROS AUSTRIAS. SIGLO XVI

En 1.516, existió un intento de reforma de ordenanzas militares por parte del cardenal Cisneros, regente del reino hasta la llegada al trono del rey Carlos. Pero su muerte impidió tal hecho. Posteriormente nos encontramos con unas ordenanzas que resultarán innovadoras y vitales desde el punto de vista disciplinario, establecidas por Carlos I, se trata de una revisión de las anteriores que supusieron un incremento de potestades y responsabilidades a diferentes mandos militares. Martínez de Merlo (2017) cita estas ordenanzas como las ordenanzas de Génova de 1.536, donde apareció por primera vez el término “*tercio*” para referirse a la organización militar que se estaba desarrollando en ese momento y que dominaría Europa en los campos de batalla. En ellas se especifican los diversos empleos militares y se les asigna una función concreta¹⁸. Así, el sargento era el más relacionado con el mantenimiento de la disciplina y la instrucción de los soldados. El capitán asumía funciones judiciales respecto a sus hom-

¹⁶ MARTÍNEZ LAÍNEZ, F., (2021), “El soldado español. Una visión de España a través de sus combatientes”, *Arzalia Ediciones*, Madrid, p.167.

¹⁷ MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), “El ejército de los Austrias y sus ordenanzas”, *op. cit.*, p. 108.

¹⁸ MARTÍNEZ DE MERLO, J., (I extraordinario de 2017), “La organización de los ejércitos en los Austrias”, *Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias*, Instituto de Historia y Cultura Militar, pág. 135-186, ISSN: 0482-5748, p. 148.

bres, ya que le correspondía castigar los delitos y las contravenciones de los bandos generales del ejército o de los bandos particulares que el maestre de campo hubiera dictado. En los delitos que competen tanto a la jurisdicción militar con la civil, dictaminaría conjuntamente un juez de cada una de ellas. Por último, el oficial de justicia del Tercio era el auditor¹⁹. Se observa cómo los distintos rangos militares tienen asignado un cometido concreto en labores de disciplina y aplicación de justicia en forma de castigos si era necesario. También se deja entrever el conflicto existente entre la jurisdicción civil y militar. Cuestión que se trata de resolver con dos jueces, uno civil y militar, pero que no solventó el problema y que, incluso, se acrecentó en siglos posteriores.

En 1.555 se promulgaron las “*Ordenanzas de Salucia*”, para el ejército desplegado en Italia sobre disciplina y castigos. Se crearon en los últimos años del reinado del emperador Carlos V poco antes de su abdicación, por parte del duque de Alba, Capitán General del ejército que actuaba en la península italiana. Así, expide estas nuevas Ordenanzas en nombre del rey y para la gente que mandaba. El duque ordenaba: “*primeramente que ningún soldado de pie ni de caballo, ni otra ninguna persona que sirve y siga este felicísimo ejército, no blasfeme ni reniegue de Nuestro Señor Dios, ni Nuestra Señora, ni de los Santos, so pena que sean por ello a nuestro arbitrio castigados*”²⁰. Esta afirmación se trata de un ejemplo del momento histórico en que ocurre, un siglo XVI marcado por la lucha contra la reforma protestante por parte de la monarquía. Además, estas ordenanzas contenían verdaderos fundamentos de lo que hoy podríamos denominar un Código Penal Militar, aunque claramente con un matiz muy subjetivo cuando se dice que se castigará según el arbitrio de la autoridad competente.

En 1.568, aunque no se trata de una ordenanza militar emanada por el propio rey, es necesario mencionar las opiniones de algunos líderes militares de los tercios como en este caso el Maestre de Campo Sancho de Londoño, donde su propio autor titula significativamente: “*Discurso sobre la forma de reducir la Disciplina Militar a mejor y antiguo estado*”. Fue redactada por encargo del duque de Alba, en base a las enseñanzas derivadas de la marcha que los tercios realizan camino de Flandes. Corpas Rojo (2017) considera que esta norma puede considerarse como el origen de unas modernas ordenanzas militares y constituye, sin lugar a duda, una obra maestra inspiradora de una sabia y coherente doctrina para su momento, espejo fiel de lo que

¹⁹ MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), “El ejército de los Austrias y sus ordenanzas”, *op. cit.*, p. 116.

²⁰ *Ibid.*, p. 118.

sentían y profesaban los hombres de guerra, con unos conceptos que eran acordes al sentir general del pueblo español, sobre todo en el grupo selecto de nobles e hidalgos. La ordenanza en sí no consta que fuese sancionada por el rey, pero reveló desde el punto de vista del soldado lo que no funcionaba y debía ser corregido, sirviendo de contraste con lo oficialmente establecido y que no llega a cumplirse, empezando con los temas de la administración económica que, desde el alistamiento a las pagas, son claves para entender los problemas que atenazan a los tercios²¹. Incluso algunos la han considerado como el precedente más inmediato de las Ordenanzas de Carlos III²².

La siguiente ordenanza fue la “*Ordenanza de Mastreche*”, también de 1.568 para el ejército de Flandes. Pocos meses más tarde al “Discurso de Londoño” se publicó esta ordenanza, que puso su acento en el mantenimiento de la disciplina de las tropas y en el respeto a las personas y propiedades. En el ámbito económico se abordó, la problemática de las plazas supuestas. Esta cuestión se trataba de un hecho muy común, como era el engordar las filas de las compañías de los tercios con soldados fallecidos o licenciados para poder quedarse con el dinero, con la finalidad de paliar las necesidades económicas que tenían las tropas sobre todo cuando no pagaban regularmente²³.

Las siguientes ordenanzas militares de carácter particular, para regular la actuación del ejército de Portugal, fueron las llamadas “*Ordenanzas de Badajoz*” de 1.580. Con motivo de la anexión de Portugal y por derecho de sucesión, el rey Felipe II, levantó un ejército para luchar contra los que se oponían a él. Corpas Rojo (2017) nos vuelve a incidir que estas ordenanzas particulares diferenciaron la separación entre lo económico, regulado en los nombramientos específicos de veedores, contadores, pagadores y las normas que afectaban a la disciplina y comportamiento de los soldados. También se especificaban algunas normas económicas que afectan directamente a las tropas, como las relativas a muestras, pagas y al botín. De nuevo, aparecieron las clásicas prohibiciones para cortar con el problema de la duplicidad y, por tanto, el devengo de sueldos se castigaba más severamente, ampliándose los motivos de pena de muerte. En cuanto al botín, se establecieron reglas para establecer lo que puede o no ser considerado

²¹ CORPAS ROJO, J., (I extraordinario de 2017), “Evolución de la organización económica militar de los Austrias”, *Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias*, Instituto de Historia y Cultura Militar, pág. 187-240, ISSN: 0482-5748, p. 218.

²² MARTÍNEZ LAÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 193.

²³ CORPAS ROJO, J., *op. cit.*, p. 220. Este asunto fue siempre un hecho recurrente y problemático, de ahí que se amenazara incluso con la pena máxima para intentar solucionar el problema.

como tal. Solo se permitió el saqueo contra los bienes de los rebeldes de Don Antonio, el Prior de Crato. Y también se reguló las cuestiones susceptibles de pillaje, quedando prohibido sobre artillería, pólvora, municiones y vituallas²⁴.

Otras ordenanzas creadas en territorios con intereses por parte de la Corona Española fueron *“las Ordenanzas de Bruselas”*. Se trata de unas ordenanzas particulares denominadas de Alejandro Farnesio, que vieron la luz en 1.587²⁵; en ellas se reglamentó con detalle y minuciosidad todo lo relativo a la Administración de Justicia Militar. Su origen fue aplicarlas a las tropas existentes en Flandes, pero como no había nada similar en los ejércitos de los demás territorios que eran aliados de España, se aplicaron a todos los ejércitos de la Monarquía Hispánica, convirtiéndose en ordenanzas generales. Se trató concretamente de dos ordenanzas, en la primera de ella, aparecía la figura del Auditor General, que se define como: *“muy preeminente, y de mucha importancia”* y es: *“la persona sobre quien el Capitán General descarga todos los negocios, y casos de justicia, que él propio había de juzgar, y determinar”*²⁶, en los 39 artículos de su texto, se tipificaban desde los crímenes de lesa majestad hasta las resoluciones testamentarias pasando por botines, presas, rescates, y demás cuestiones.

La segunda Ordenanza tenía como protagonista al Preboste, cargo que se definía como: *“de mucha autoridad, y muy necesario”*, al que se le encomendaba: *“la conservación de la disciplina militar, y mantenimiento de la justicia del Ejército, porque es el ejecutor de los Bandos, y Ordenes del Capitán General, y Constituciones Militares, y asimismo de las Sentencias, y Decretos del Auditor General, que en nuestro nombre administra justicia”*²⁷. Es indudable y por lo tanto destacable, la importante contribución que ejerció en las ordenanzas de la segunda mitad del siglo XVI la aportación del reciente creado Derecho Internacional como rama del Derecho General cuya gestación es puramente española de la mano de autores como Vitoria y Suarez. Así, el concepto de guerra justa es fuente de ley natural para justificar y regular la guerra y de manera concreta el tratamiento de penas y normas punitivas.

²⁴ *Ibid*, p. 220.

²⁵ Ordenanza de 13 de Mayo de 1587, dispuesta por Alejandro Farnesio, Duque de Parma, y Plasencia, Gobernador, y Capitán General de los Estados de Flandes, sobre lo que toca al cargo de Auditor General, y particulares del Ejército, fuero de los que sirven en él y cumplimiento de sus Testamentos.

²⁶ MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), “El ejército de los Austrias y sus ordenanzas”, *op. cit.*, p. 122.

²⁷ *Ibid*, A lo largo de los 18 artículos de esta ordenanza, se relacionan sus facultades y personal que cuenta para que le ayuden en sus cometidos, entre los que figura la relación con mercaderes vivanderos y demás.

Todas las ordenanzas militares que se recogen en este periodo regularon las conductas penales de aquellos que pertenecían a los ejércitos reales. Tales conductas delictivas recogían desde pérdidas de propiedades, pérdida de oficio, expulsión del ejército, destierro, inhabilitación para determinados cargos. En concreto a los soldados se les podía condenar a galeras o meter en prisión, incluso había castigos de tipo pecuniario como la confiscación del sueldo o bienes. En muchas ocasiones, se les condenaba sin haber sentencia alguna y se les ejecutaba ipso facto, pero en general, se hacían informaciones por parte del auditor, había un pequeño proceso, y el condenado pasaba unos días en prisión antes de ser ajusticiado, pero no había un proceso largo con recursos y apelaciones como entendemos hoy en día la justicia. En la carta del duque de Alba al rey, en Lisboa, fechada el 5 de abril de 1.581 se dice lo siguiente: *“El caso fue tan feo y tan atroz, que merecía un castigo muy ejemplar, y así vistas las informaciones que el auditor del tercio hizo, y las confesiones de todos ellos, ordené que se ahorcasen diez soldados, los cinco el martes, y los otros cinco hoy miércoles”*²⁸.

La justicia militar solía ser sumarásima, aunque aplicada la pena, se podía seguir indagando sobre el caso. Podemos verlo en la carta del rey al duque de Alba, en Badajoz, el 26 de julio de 1.580: *“Por sin duda tengo que pues mandastes cortar la cabeza al capitán italiano y alférez de Benítez, y ahorcar los cuatro soldados, debió ser conforme á justicia y á las leyes de guerra; pero todavía holgaré que me aviséis mas en particular del delito de los unos y de los otros para lo tener entendido”*²⁹. Los condenados recibían asistencia religiosa, y confesaban sus pecados antes de ser ejecutados. Los castigos más comunes en estos dos siglos de los Austrias establecían una clasificación clara entre los que no ocasionaban muerte y los que sí. En el primer apartado podemos considerar como más importantes los siguientes:

El trato de cuerda

Donde se ataban las manos a la espalda, se pasaba la soga que ataba las manos por la rama de un árbol o por una polea, entre dos o tres soldados o con un caballo se izaba al condenado, levantándolo del suelo, y se le dejaba caer sin que llegase a tocar tierra, con lo que

²⁸ BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI.”, URL: <http://ejercitodeflandes.blogspot.com/2019/07/la-disciplina-en-los-tercios-mediados.html> Consultado el 11 de enero de 2023.

²⁹ *Ibid.*

todo el peso del hombre actuaba sobre las articulaciones de los brazos en un solo impacto. Esto podía llegar a descoyuntar los hombros, y cuanto menos, era muy doloroso. Se pueden leer ejemplos de penas de dos, tres o seis tratos de cuerda, o sea, que la operación se repetía un par de veces, tres o seis³⁰.

Pasar por las picas

Se podía pasar al soldado por las picas, siendo en parte un castigo moral, pues había un cierto ceremonial, y además se llevaba a cabo por los compañeros del condenado. Había dos versiones: una donde se calabán las picas al revés, siendo golpeado el condenado con el regatón de las picas. El regatón, cuento o contera era metálico, y aunque no estaba diseñado para penetrar un cuerpo, sino para clavarse en tierra, podía provocar heridas graves, y acumuladas, no cabe pensar otro resultado que el de la muerte. En la otra versión, se pasaba por las picas con el hierro adelante, siendo el castigo entonces mortal de necesidad, y mucho más rápido que el anterior, porque cabe suponer que el penado no aguantase muchos "*botes de pica*"³¹. En otras partes se formaban dos hileras de picas, pues en escuadrón tanto las segundas como las terceras hileras podían fácilmente dañar al soldado que por delante pasaba. A los soldados de caballería ligera se les hacía pasar por las lanzas de sus compañeros³². Estos castigos corporales, fueron muy frecuentes en la penología del Antiguo Régimen, aun así, han sido fuertemente criticadas por parte de la doctrina. Destaca Lardizábal (1782) que deduce que la utilidad de estos métodos no cumple con la función de escarmiento, sino que "*sólo sirven para hacer deformes a los hombres, en vez de corregir al delincuente*"³³.

Gracias a los relatos de Alonso Vázquez en 1.579³⁴, sabemos que por las relaciones de hechos de armas parece que el castigo era mortal y no se esperaba otro resultado, como ejemplo la muerte de un tal Manzano, preso en el asedio de Maastricht en 1.579, que había servi-

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ LARDIZÁBAL y URIBE. M., (1782), "Discurso sobre las Penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma", Madrid; por Don Joachim Ibarra. pp. 188 a 196.

³⁴ Su obra: "Los Sucesos de Flandes y Francia en tiempos de Alexandro Farnese" es una relación cronológica de hechos militares. Escrita en 16 libros, narra, a libro por año, los sucesos comprendidos en dichas regiones desde el año de 1577 hasta el de 1592, obra citada en BLOGSPOT.COM., "La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI", *op. cit.*

do al príncipe de Orange, enemigo de Felipe II: *“los soldados españoles pidieron [...] les permitiese que ellos lo castigasen, y se lo concedió, y preguntándole que muerte quería, respondió que le matasen como á soldado, y así lo pasaron por las picas, con que dieron ejemplo á los demás para que se eche de ver la lealtad y valor de esta nación y cuan justificadamente procede, deseando castiguen los que por vivir con libertad dejan la obediencia española y se van con los herejes”*.

El Ahorcamiento

Entrando en las penas de muerte, dicha sentencia era degradante e ignominiosa: al castigo de la muerte se le añadía la deshonra de morir de mala muerte, en términos morales, no de padecimiento físico, pues la horca estaba reservada para los criminales infames y de baja estofa. No obstante, no todos los reos podían ser ejecutados en la horca, ya que, debido a la existencia de clases privilegiadas, los nobles no podían ser ahorcados, sino que sólo podían ser decapitados³⁵. El soldado, que se había visto ennoblecido por el oficio de las armas, ocupaba de nuevo el más bajo escalón social. Los muchos ejemplos existentes, hace que fuera la forma favorita de ajusticiamiento en el ejército en esta época: *“Subieron al Gobernador á lo alto de la torre para ahorcalle, y envió un recaudo al Príncipe, suplicándole, que pues era caballero, le mandase cortar la cabeza y no dalle aquella muerte tan afrentosa; no se lo quiso conceder [...] y como el Gobernador vio era forzoso morir ahorcado, tuvo por mejor desesperarse, y se arrojó de la torre abajo, y dio dentro del foso, que por estar tan lleno de agua no se mató. Volviéronle á subir á la torre para ejecutar la sentencia”*³⁶.

Alonso Enríquez de Guzmán³⁷, explica de manera jocosa como un soldado huía de la batalla, y preguntándole el caballero a donde iba, le respondió que a por unos zapatos, pues se hallaba descalzo. Lo mandó prender, ahorcar en una higuera y colgarle un cartel para dar ejemplo, aunque lo hizo con su particular estilo: *“Ya que íbamos á pelear, no sé cómo volví la cabeza y veo el mi dicho soldado camino de*

³⁵ “Más por conservar y alargar la vida, (...), hice dar un memorial en mi nombre al Marqués del Este, alegando en él ser hijodalgo, y conforme a los fueros de los que lo eran, me tocaba morir en cadahalso, degollado como carnero, y no en la horca, ahogado como un pollo”. ANONIMO, (1646), “La vida de Estebanillo González”, Buenos Aires, 1948, p. 102.

³⁶ BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, *op. cit.*

³⁷ Caballero contino de Carlos I, gobernador de Mallorca, militar en Perú y cronista de Indias, obra citada en BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, *op. cit.*

la ciudad, quebrándose como conejo. Echo aparte el alguacil, como que queria otra cosa, que andaba en un caballo, y encaminé el escuadrón por donde habia de ir, y voyme al soldado, y hícele tomar y llevar á una higuera que se parecia, por donde habíamos de pasar, y mándele ahorcar della, y una cédula á los pechos que dijese: «Este mandó D. Alonso ahorcar porque no tenía zapatos. Quien tal hace, que tal pague».

A los soldados se les podía ahorcar de un árbol o de una horca construida a propósito para el caso, también se les ahorcaba de las almenas de los castillos, para dar ejemplo quedando a la vista de todos por unos días: *“Y otro día de cómo llegaron porque contra el bando un soldado bisoño soltó un arcabuz, con la pelota del cual, sin lo querer hacer, mató otro soldado, Don García le mandó colgar de un almena del castillo de Alcalá, de dónde quedó ahorcado, para visto por todo el ejército ninguno fuese inobediente a los bandos que se echasen”*³⁸. En la mar, se les ahorcaba de las antenas de los navíos. En todo caso, se recomendaba que hubiere en el campo o campamento, una horca plantada a la vista de todos, como recordatorio de la justicia militar imperante y de los castigos que se podían sufrir. Era una pena ejemplarizante, en el que el cartel detallando el motivo por el cual era ahorcado se ponía siempre al pecho del penado³⁹.

La Decapitación

Era el castigo que se reservaba a oficiales, caballeros e hidalgos que servían en la milicia, aunque se podía decapitar también a soldados como gracia o ahorcar a oficiales, a modo de afrenta. Se aprecia muy bien esta afirmación en la carta del duque de Alba escrita en Setúbal, el 19 de julio de 1580: *“Hoy he hecho cortar la cabeza á uno de los capitanes italianos llamado Ascanio Gavelina, de la coronelía de Garlo Spinel, y mañana se la cortarán á un alférez de la del capitán Miguel Benitez, y se ahorcarán cuatro soldados de doce que me trujo presos D. Gabriel Niño”*⁴⁰. La decapitación se efectuaba normalmente con espada de dos manos, espada de mano y media, o alfanje, no con hacha: *“el verdugo tenía el alfange levantado y el soldado el bonete sobre los ojos para cortarle la cabeza, y con el segundo recaudo cesó el castigo y fué libre el soldado; y aunque desobediente, era hidalgo y valeroso”*⁴¹.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

El Garrote

Se daba garrote, es decir, se anudaba una soga o cuerda al cuello del penado que era sentado en un taburete. También se podía hacer de pie, se hacía pasar un garrote de madera por la cuerda, en la parte posterior del cuello, y se daba vueltas al dicho garrote, procediendo a retorcer la cuerda y acortarla progresivamente hasta quitarle la respiración. Su utilización fue progresivamente mayor, debido a que se consideraba como el instrumento ejecutar más limpio y conocido por su eficacia y rapidez⁴². En los sucesos de Flandes de Alonso Vázquez, nos dice que el tercio de Bobadilla intento amotinarse en 1.590: *“los otros dos tercios de españoles se comenzaron á alterar una noche; pero algunos soldados, celosos del servicio del Rey, nuestro señor, lo descubrieron á los capitanes Melchor Martínez de Prado y á Juancho de Ugarte, los cuales salieron con grandísima presteza á la plaza donde se iban juntando, y prendieron algunos, y dieron garrote á tres, que fué causa de atajar esta alteración”*⁴³.

A los ajusticiados se les podía dar garrote, y luego colgarlos por los pies para dar ejemplo. Como el ahorcamiento, el garrote era otro modo deshonoroso, a la par que penoso, de ser ejecutado. Hernán Tello, gobernador de Amiens en 1.597, según los *“comentarios de las cosas sucedidas en los Países Bajos de Flandes”* desde el año de 1.594 hasta el de 1.598, escritos por Diego de Villalobos y Benavides⁴⁴: *“mandó ajusticiar a un mozo que fue apresado tras robar una ‘mantilla colorada’. Se suplicó que se le ahorcase, y se le concedió la ‘gracia’: mandó Hernán Tello se le diese garrote en la barrera, lo cual él sintió con gran extremo, y suplicó con encarecimiento se doliesen del, que no muriese allí, sino, pues había árboles, se le hiciese gracia de colgalo de uno y no de la barrera, lo cual se le concedió luego y fué ahorcado”*.

El Arcabuceamiento

Se podía efectuar a pocos pasos de distancia o ‘jugando a terro’, o sea, usando al ajusticiado como blanco de entrenamiento para los tiradores, pues ‘jugar a terrero’, ya fuera con ballestas, escopetas

⁴² BARRIONUEVO DE PERALTA, J., (1996), “Avisos del Madrid de los Austrias y otras noticias”, *Clásicos Castalia*, Madrid, p. 247.

⁴³ BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI.” *op. cit.*

⁴⁴ Diego de Villalobos y Benavides ha dejado diversas obras, entre las que destacan sus Comentarios sobre la guerra de Flandes a fines del siglo XVI con especial detenimiento en el asedio de Amiens (1597), en el que tuvo un papel importante, obra citada en BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, *op. cit.*

o arcabuces, era un ejercicio clásico para ejercitar la puntería para soldados y gente del común. Cabe suponer que este hecho alargaba la muerte, pues las heridas no se realizaban a bocajarro y convertiría la muerte del ejecutado también en un espectáculo. Según los sucesos de Flandes, texto referido anteriormente: *“Tuvo un Teniente, (...) que se llamaba Castrillo, hombre de gran valor y fuerzas, al cual prendieron los españoles junto á Arentales, y D. Pedro de Toledo, marqués de Villafranca, que los gobernaba, á persuasión de los demás españoles, lo mandó arcabucear en Tornante en un palo de un pozo”* ⁴⁵.

Los cadáveres de los soldados podían ser sepultados cristianamente de inmediato, o podían ser expuestos por espacio de unos días como ejemplo. En ocasiones, se exponían partes de estos: la cabeza en una jaula, o la mano con la que había cometido el crimen clavado en un chuzo. En 1.595, el capitán Martín de Eguiluz ⁴⁶ lo expreso diciendo: *“fueron condenados a muerte en la horca, como traydores, [...] y al delincente le fue cortado la mano derecha, y quedo en vn canton de aquella calle enclauada”*.

El Degollamiento, hachazos y descuartizamiento

A veces se procedía a degollar al penado cuchillo en mano. No parece una forma muy común de ejecución, pero se usó: *“Y así, el Conde le mandó confesar y al Capitán mandó degollar, y al Sargento ahorcar. Fué esto hecho en el rebellín de la puerta de Tremecen, donde estuvo el Capitán degollado en un tapete hasta la tarde, y el Sargento ahorcado, con sus escriptos en los pechos como amotinadores del ejército, con su rótulo en los pechos, los cuales manifestaban el delito cometido”* ⁴⁷.

A veces se llegaba hasta el punto de cortarle la cabeza al ejecutado. También se les ejecutaba de un hachazo en la cabeza, no con el objeto de cortarla, sino de romper el cráneo y provocar lesiones mortales en el cerebro. Hacer cuartos no era muy común, pero se pueden encontrar algunos ejemplos de ello, como el caso del soldado Ramitos, que daba información al enemigo francés: *“En Parma descuartizaron vivo á un español, que se decia Francisco Ramitos, que era de la compañía del capitán Miranda que tiene caballos lijeros, á causa que se supo que*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Dicho capitán escribió la obra: “Milicia, discurso, y regla militar”, obra citada en BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, *op. cit.*

⁴⁷ *Ibid.*

*salió dos ó tres veces á dar aviso de lo que pasaba dentro al campo de franceses á mosior de Lando*⁴⁸.

En cuanto a otros castigos físicos, el oficial podía castigar con la espada, la alabarda o la jineta al soldado en el momento de la falta, pero esto no era tanto una pena, como un correctivo, aunque pudiera causar la muerte. Esta mala justicia, podía ser muy caprichosa. Diego Núñez Alba⁴⁹, decía que los capitanes, alféreces y sargentos, acuchillaban, daban alabardazos, despeñaban por las murallas, mandaban ahorcar a sus soldados, los mataban o marcaban, con excusas de disciplina militar, cuando en realidad estaban resolviendo querellas personales. También podía un soldado matar a un oficial si éste huía del enemigo. A veces, los oficiales usaban de extremada piedad, y se jugaban su carrera desobedeciendo las órdenes: *“Entendieron los soldados que los querían llevar á invernar á Lipar por no los pagar, y saltaron en tierra [...] donde estuvieron hasta que se concertaron por medio de Sancho de Alarcon, maestre de campo del tercio de Nápoles, y Juan de Vargas, capitán, y tornaron á sus banderas, y entonces los castigaron, y ahorcaron á Heredia que fué el electo, y á otros 20 en Mecina, á la Puerta la Sal; y estaba el capitán Luis de Rejón [...] y Gonzaga le escribió que ahorcase á Francisco de Soto, natural de Serón, y á Diego de Escobar, natural de Ruyseco, y llamólos, é hizo desenterrar dos griegos y vestirlos con los vestidos de estos soldados y los ahorcó de las almenas, y envió libres los soldados*⁵⁰.

Se podía dar tormento, torturar, a un soldado para obtener confesión, pero esto no se trataba de un castigo, sino que era parte de un procedimiento habitual de obtención de información. Un castigo que parece que no fue muy común fueron los azotes. No eran frecuentes otras penas civiles como cortar las orejas o las narices, pero también se aplicaron a la soldadesca: *“Los marineros y muchos soldados que no habían sido en el motín, se juntaron y prendieron éstos, y dieron aviso á una nave questaba allí junto, donde estaba el Capitán Artacho, que traía á cargo las siete compañías del reino de Nápoles. Envio por ellos y trájoslos á Malta, donde ahorcaron tres de los más culpantes y siete desorejaron y echaron á galera*⁵¹. En cuanto al arresto, Castillo de Bovadi-

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ El soldado Diego Núñez Alba, estuvo al servicio del Emperador Carlos en las guerras contra los protestantes alemanes durante 1546 y 1547. Su obra *“Diálogos de la vida del soldado”*, editada originariamente en 1552, se analizan cuestiones relativas al Ejército de la época, fundamentalmente de carácter orgánico y administrativo, pero con la intención de servir de fuente para historiadores futuros, obra citada en BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, *op. cit.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

lla (1704), añade que, si el reo era de buen lugar, honrado por riqueza o por ciencia, el juez debía decidir su arresto, y en su caso posterior prisión, en algún lugar seguro apartado del resto de los presos. Este lugar podía ser la propia casa del reo, la casa del cabildo, o una fortaleza: “*si el delito y la confianza del preso lo permiten*”⁵².

Los Castigos “morales”

Se aplicaban castigos que podríamos calificar de morales, por ejemplo, rapar las barbas, lo cual implicaba una afrenta en una época en que todos los hombres llevaban barba. El encestamiento, consistía en meter al soldado en una cesta de mimbre con un escrito en el que declaraba su nombre y delito, y, tras ser expuestos a vista del ejército por un tiempo, se procedía a ser desterrados, advirtiéndoles que serían ahorcados si volvían a él⁵³. Las ordenanzas se publicaban en el campo o en las plazas donde estuviera alojado el ejército, en varios idiomas. Así, en el año 1.536 se dice: “*mandó el Emperador que vecinos de sus tiendas en ciertos maderos que allí estaban y en las paredes de la villa de San Lorenzo, [...], pusiesen estas siguientes órdenes, unas en lengua castellana, otras en italiana y otras en lengua alemana; y asimesmo se puso en sus cuarteles, porque de todos fuesen vistas y sabidas*”⁵⁴. También había un oficial que se encargaba de pregonar las ordenanzas tras reunir las tropas, asumiendo que la mayoría de las personas que servían en el ejército eran analfabetas y no podían leerlas, de manera que fuera imposible alegar desconocimiento. Los coroneles y maestros de campo se quedaban con una copia de estas de manera que las pudiesen consultar con facilidad⁵⁵.

Prisión o galeras

La pena de galeras era una pena privativa de libertad, en la que se obliga al reo a la realización de un trabajo forzoso el cual consiste en trabajar en el remo de los barcos de la flota real. Inicialmente, esta pena de galeras como nos señala Alejandro (1978), no era impuesta de manera directa a los reos, sino que se configuraba como una pena

⁵² CASTILLO DE BOVADILLA, J., (Amberes 1704), “Política para corregidores y señores de vasallos”. *Ed. del Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1978. T. 2, Lib 3, cap.15, n.9, fol.269.

⁵³ BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI.” *op. cit.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

que venía a conmutar o sustituir las penas corporales por el servicio: *“a remo y sin sueldo en los barcos reales”*⁵⁶. Los soldados podían ser condenados a prisión o ser *“echados al remo”*, es decir, ser condenados a galeras por un determinado número de años, pero en general la prisión era vista como una pérdida: si había que dar de comer a alguien ocioso, por lo menos, que se ganase el sustento remando, cuando siempre había necesidad de forzados en las armadas mediterráneas⁵⁷. Las condenas podían ser meses o años, pero la pragmática de 1.534 para penas civiles establecía que la condena mínima en galera fuera de dos años, pues las condenas que se hiciesen de medio año y un año son infructuosas para las dichas galeras, porque de un año de ejercicio en adelante son útiles los remeros. A los condenados a galeras, aun siendo soldados, se les podía marcar con un hierro en la cara, con el escudo real, o con el escudo del reino de cuyas galeras servían, *“para que sean conocidos”*⁵⁸. Además, como indica Tomás y Valiente (1992): *“las necesidades político-militares eran antepuestas a la de justicia, ya que los galeotes una vez cumplida su sentencia y por tanto dejando de ser reos, permanecían amarrados al duro banco, pues así lo mandaba la todopoderosa voluntad de Rey”*⁵⁹. En la carta de don Juan de Austria a Felipe II, en Tíjola, el 12 de marzo de 1.570 se expone: *“La desvergüenza destos soldados no se puede negar á V. M. que es insufrible, porque si hoy hay ocho mil, mañana faltan los dos mil, y no basta ahorcar ni galeras que todo no se abandone. El dia que llegué aquí se ahorcaron dos y cuatro se condenaron á galera, y por todo pasan como si no tuviesen á nada perder la vida; y no me espanto, porque es toda gente que no se les levanta la honra un dedo del suelo...”*⁶⁰.

Monarcas como Felipe II, rebajaron la edad de 20 a 17 años de los sujetos que podían ser condenados a galeras⁶¹. Se prohibió que las jurisdicciones privilegiadas y eclesiásticas, dieran protección a los galeotes a través del derecho de asilo⁶². Se establecieron medidas que prohibían que la pena de galeras sea conmutada por otras penas diferentes⁶³, y se prohibió que la pena de galeras fuera indultada⁶⁴.

⁵⁶ ALEJANDRE, J.A., (1978), “La función penitenciaria de las galeras”, en *Historia* 16, octubre, numero extra, pp.48-49.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, op. cit.

⁵⁹ TOMÁS y VALIENTE, F., “Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII, 2ª ed”. Ed. Tecnos. Madrid 1992, p. 391.

⁶⁰ Blogspot.com., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, op. cit.

⁶¹ FELIPE II, Pragmática de 1566. R. 8, 11,9.

⁶² FELIPE II, marzo de 1557, Valladolid. R. 8, 24,5.

⁶³ FELIPE III, 3 de septiembre de 1611. N. R. 8, 24,11.

⁶⁴ FELIPE IV, 1639. N. R. 8, 24,12.

Hubo hombres que habían, como decía el duque de Alba, nacido para el remo o para la horca: un artillero, tras acabar su tiempo de condena en galeras, salió y asesinó a una mujer para robarle las joyas y el dinero. Después, cuando fue preso, fue condenado a morir ahorcado. A ciertas personas de cuenta se les podía condenar a servir en galeras o en la guerra a su costa: o sea, que se embarcaban en una armada o se iban a combatir, pero no recibían sueldo. En otra carta del mismo Don Juan de Austria se dice: *“habiendo echado mano á las espadas cuasi en mi presencia el otro dia viniendo de Almería D. Juan de Tasis, el hijo del correo mayor, y D. Fernando de Prado, criado mio, por no sé que niñería, y condenádoslos á que sirvan á V. M. dos años á su costa, el uno en las galeras y el otro en la guerra”*⁶⁵.

Penas pecuniarias

El reo podía perder el sueldo de un mes, por ejemplo, por no llevar las armas defensivas en la muestra, o perder la ventaja o perder un escudo de sueldo por no llevar las armas ofensivas en la guardia o requisársele el sueldo dos meses por llevar a forrajear su caballo, perdiendo también el animal y siendo azotado el mozo que lo llevara⁶⁶.

Sobre castigos colectivos

Cuando una compañía o un tercio cometían una falta grave, se podía hacer una reforma disciplinaria, en la cual la unidad quedaba disuelta. Si a los oficiales se les hallaba culpables, perdían también sus oficios. También se podía proceder a castigar *“a los más culpables”*, condenando a los líderes de un motín, o ajusticiando un par de soldados por compañía, por ejemplo, sin hacer reforma alguna⁶⁷. Cuando una unidad era problemática, se podía llegar a enviarlos a algún destino donde no molestasen, alejado de los territorios italianos de la corona, Lombardía, Sicilia o Nápoles como sucedió, por ejemplo, en 1.538, siendo enviados unos 2.000 a Hungría, destino no deseado y otros a hibernar con la armada de Levante a Castelnuevo en 1.539 donde hallarían la muerte ⁶⁸. En todo caso, eso se puede interpretar más como represalia que como castigo disciplinario. Cabe

⁶⁵ BLOGSPOT.COM., “La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI”, op. cit.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

tener en cuenta que una pena civil era ir a servir a los presidios de la Goleta o de Orán para purgar los crímenes cometidos. También a las tropas amotinadas en Sicilia el año 1.538, se pensó enviarlas a Corfú o Berbería, para la empresa de Monesterio, que se ejecutó en 1.540 para excusar la paga y al mismo tiempo evitar las consecuencias del motín en tierras del rey⁶⁹.

Para finalizar este periodo dentro de Edad Moderna, es digno mencionar la consideración que tenían escritores militares españoles como Berenguer y Navarro sobre el concepto de la disciplina militar, ya que sintetizan de manera maestra lo mucho que pudiera decirse de este interesante asunto: *“A nosotros, y aun a los extranjerios a nuestro servicio, se les imponía como primera condición el juramento de no forzar mujer viuda, doncella ni casada, so pena de muerte, y la mujer es en todos los países una joya que el hombre aprecia en mucho y que quiere ver respetada por el invasor”*⁷⁰. Es interesante destacar el hecho de ser cortés o preciarse de serlo, ya que es lo que fundamenta el castigo por infame cuando se pone la mano sobre las mujeres. De ahí, nuevamente la importancia del concepto de la honra para el soldado español de la época, ya que la honra contribuye a mantener el espíritu de disciplina en las tropas. Existen varios autores, que dejan claro su postura sobre esta cuestión: Así, autores como Escartín Lartiga (1944), articulan que la primera condición y consideración del soldado en la milicia es que: *“sentando plaza, el soldado queda tenido por honrado, por lo cual debe tener mucho cuidado con su honra, porque en ello consiste toda la perfección de este hábito; y no solamente la ha de traer delante de los ojos, [...] por ser la honra cosa de tanto respeto, que no procede de las virtudes del cuerpo, [...] ha de tratar con soldados de buena vida, costumbre y fama; guardarse de acompañar gente de uña; [...] y procurar no afrentar a persona alguna, ni tocar en mujer que su amigo tratare”*⁷¹.

Para el militar del siglo XVI, Marcos de Isaba⁷²: *“El capitán puede y debe disimular en el soldado ciertas faltas, limitándose en todo caso*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ ESCARTÍN LARTIGA, E., (1944), “Características de la disciplina del ejército español a través de la historia”, *Estado Mayor Central del Ejército, Servicio Histórico Militar*, Madrid, p. 150.

⁷¹ ESCARTÍN LARTIGA, E., *op. cit.*, p.151.

⁷² Marcos de Isaba fue un ilustre soldado, que a los veinte años comenzó a servir las Banderas de su Patria. Cuando los deberes de su cargo dejábanle horas de ocio, dedicóse á manejar la pluma hábil maestría tuvo en ella, componiendo el hermoso libro sobre la Milicia española, preciado monumento que trata de la vida del soldado en el último tercio del siglo XVI, y que fue impreso en Madrid el año 1594, obra citada en ESCARTÍN LARTIGA, E., *op. cit.*, p.151.

a reprenderle, poniéndole la honra delante, pero debe castigar ejemplarmente el hacer fuerza a mujer, ser ladrón público, matador de soldados o vecinos a traición, principio de revuelta con sus tierras o mal cristiano". Sobre esta cuestión no se debe olvidar la consideración que debe tener el mando superior sobre sus subordinados, para que éstos se muestren satisfechos, obedientes y dispuestos al sacrificio. De nuevo, Marcos de Isaba expresaba esta cuestión de la siguiente manera refiriéndose al Capitán de un tercio: *"debe tener mucha cuenta en honrar sus soldados y estimarlos y tenerlos en mucho, guardando para sí el punto y gravedad que su cargo manda; y no porque les haya levantado en España y sacado de oficios y padres bajos les ha de atropellar y darles cada día con ello en la cara"*⁷³. Al mismo tiempo se observa que, tanto los autores contemporáneos españoles como los extranjeros valoran y elogian a los Tercios de la época siendo modelos de disciplina militar, de valor, de compostura, solidez, anegación y demás virtudes militares. Incluso, hasta en la manera de indisciplinarse se aprecia un espíritu de disciplina, pues sin entregarse a excesos ni atentar contra sus jefes se limitaba a nombrar, de entre los amotinados, un individuo de su confianza y preparación, encargado de realizar y actuar como representante de los amotinados ante el general del Tercio para tratar de solucionar el conflicto existente.

V. ORDENANZAS MILITARES DE LOS ÚLTIMOS AUSTRIAS. SIGLO XVII

La primera ordenanza del siglo fue la del año 1.603, que pretendía erradicar los males que abundaban en la infantería, esta ordenanza concluía con las sanciones que se impondrían a los que cometiesen faltas contra lo establecido en ella⁷⁴. Una nueva Ordenanza, que modificaba algo la de 1.603, fue la promulgada el 17 de abril de 1.611. Dicha ordenanza daba recomendaciones de carácter orgánico y religioso, prohibiendo la blasfemia y aconsejando el respeto de los preceptos establecidos. En casos de motín se castigaba a los culpables y ningún mando daría licencia a ningún individuo que quiera ir a la

⁷³ *Ibid*, p.152. Es significativo que muchos autores de la época presten atención al hecho de que un militar con mando como un capitán trate bien a sus soldados y obligar al resto de los oficiales lo hagan de la misma manera, ya que desde tiempos ancestrales hasta los modernos si algo hay que le cause malestar, disgusto y que peor le siente al soldado español es el maltrato verbal y las malas palabras hacia su persona.

⁷⁴ MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), "El ejército de los Austrias y sus ordenanzas", *op. cit.*, p. 124.

Corte “*a pretender*”⁷⁵. De nuevo, vuelve a aparecer el factor religioso muy relacionado con las normas dentro de la milicia.

En 1.632 Felipe IV publicó unas nuevas Ordenanzas, para frenar los conatos de motín y actos de indisciplina tan frecuentes en los soldados de los Tercios de Flandes. Se penalizaba la desertión con consecuencia de pena capital⁷⁶. El resto de la ordenanza se dedica a cuestiones de disciplina, fuero de guerra, administración de justicia, testamentos y contabilidad de los soldados. Como curiosidad, en esta ordenanza se regula los matrimonios de los militares, donde se prohíbe prácticamente los casamientos de los integrantes del ejército, porque las muertes en las campañas militares de los soldados suponían una pesada carga, ya que el Estado tenía que dejar de contar con el servicio de los soldados fallecidos y además debía hacerse cargo de las pensiones de las viudas con el elevado coste que generaba a una ya débil hacienda española.

El siguiente texto que podemos considerar prácticamente una Ordenanza, es la norma de 1.663. Debido a la escasez de personal para sostener las guerras, esta norma trataba de regular todas las cuestiones relativas a las levadas e intentó poner fin a las desertiones ejerciendo un mayor control⁷⁷. En 1.685, el ejército de Flandes fue objeto de una nueva Ordenanza, que fue de las últimas en publicarse en el siglo y de las más extensas, superando los 80 artículos. En esta norma no se observaban cambios significativos respecto a las cuestiones penales y aplicación de penas. La última reforma del siglo XVII y, por tanto, del ejército de los Austrias, se aplica también en el ejército de Flandes en 1.699, cuyos efectivos se habían reducido bastante, pues los Tercios tenían 12 compañías y 540 hombres⁷⁸. En estas últimas ordenanzas del siglo XVII, se aprecia que apenas existe variación en cuanto a la evolución de normas y castigos de ámbito penal, donde siguen teniendo potestad sancionadora los altos mandos militares disfrutando de amplia arbitrariedad y en muchos casos, según la circunstancia del momento se aplicaba de una manera o de otra. Este asunto se enmarcará posteriormente en el ámbito relacionado con el fuero militar.

⁷⁵ *Ibid*, p. 126.

⁷⁶ MARTÍNEZ DE MERLO, J., *op. cit.*, p.173.

⁷⁷ MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), “El ejército de los Austrias y sus ordenanzas”, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁸ *Ibid*, p. 132.

VI. LA JURISDICCIÓN MILITAR. EL FUERO MILITAR

Para entender el conjunto del estudio, es conveniente dedicar un apartado al denominado fuero o privilegio militar. Ya que como veremos, condiciona la aplicación o no de los delitos y penas por el mero hecho de que un individuo sea militar, y dentro del estamento castrense por los diferentes rangos. Así, además de otras prerrogativas inherentes a la ostentación de la condición de militar, el más exclusivo y diferenciador de la posesión de un estatuto jurídico privilegiado, es el fuero militar, que impedía la intervención de la justicia ordinaria sobre causas en las que participaban militares⁷⁹. Hay que añadir a ello, el hecho de que la sustracción a la justicia ordinaria de los militares implicó, de alguna manera, una clara disminución de la autoridad y administración civil. En otros términos, significaba una posición preeminente de lo militar sobre lo civil, estableciéndose una importante polémica que durante toda la Edad Moderna tendría lugar en la sociedad española. En la milicia, la posesión del fuero tuvo como matiz diferenciador su extensión a cualquier individuo que formase parte de este, aunque con ciertas distinciones sociales dentro del propio estamento. A pesar de ello, sí se consiguió que se distanciara la concepción del fuero como patrimonio nobiliario o de grupos privilegiados. Ello fue posible porque un fuero especial como el militar, cumplía una función en la institución castrense distinta a la de simple privilegio.

El disfrute de un estatuto jurídico privilegiado, como el fuero militar se documenta durante los siglos XVI y XVII. Desde el siglo XVI, entre las competencias del Consejo de Guerra se encontraba decidir sobre todas las causas contenciosas, tanto en militares como con los demás individuos, de quienes gozaban del fuero militar, para lo cual se asesoraba por consejeros togados de Castilla⁸⁰. Según De las Heras Santos, el fuero militar surgió en la Edad Moderna como justificación a las particulares circunstancias de la vida militar y al recuerdo de los servicios prestados por la nobleza en tiempos pasados⁸¹. A esta misma lógica responden las amplias prerrogativas que iba a tener el fuero militar en el siglo XVIII, aún mayores que en los siglos anteriores. Se trataba, de la necesidad de adoptar medidas que permitiesen atraer hacia la carrera militar a la nobleza, con la concesión

⁷⁹ ANDÚJAR CASTILLO, F., (1996), "El fuero militar en el siglo XVIII. Un estatuto de privilegio", *Universidad de Granada*, Granada, p.12.

⁸⁰ *Ibid*, p.17.

⁸¹ DE LAS HERAS SANTOS, J. L., (1994), "La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla", *Estudios Históricos y Geográficos*, Salamanca, p. 110.

de privilegios anexos al propio monopolio de cargos en la carrera de las armas. Entre los privilegios, el fuero especial, destacaría por la acusada diferenciación que marcaba respecto a otros grupos sociales y profesionales⁸².

En una sociedad estamental, sin ningún tipo de igualdad jurídica, no podrían concederse privilegios ni jurisdicciones que permitiesen aproximar condiciones sociales de origen diverso, para quedar su-peditadas a los principios de organización corporativa⁸³. Esta cues-tión indica que la condición nobiliaria, aún dentro de la institución militar, debía señalarse para distinguir al militar noble del de origen social llano.

VII. CONCLUSIONES

La importancia de las normas sancionadoras en el ámbito mili-tar de la época radica en que se encuentran presentes a lo largo de todo el período de la Edad Moderna. Desde un punto de vista gene-ralista y actual se puede observar cómo, en muchos ámbitos de la normativa penal militar del momento, ya están presentes principios constitucionales, que a través de los siglos irán confluyendo en los vigentes. El principio de legalidad, totalmente asentado en nuestros días, rige el derecho penal del momento analizado. Las penas y casti-gos se aplican siempre que exista una ordenanza militar, real cédula u otra norma que anteriormente tipifique el hecho como punible y la pena como castigable. Sin embargo, en esta época no se produce un acercamiento a los principios penales actuales en lo relativo a la exce-siva tendencia por parte de quien ejerce la potestad sancionadora de extender la aplicación de una pena a casos similares, pero no contem-plados en una normativa. Así, la analogía estaría contemplada como un uso habitual. Tampoco existiría una reserva de ley bien definida, ya que las normas penales emanaban del propio rey y su aplicación de los mandos superiores militares, por lo que no existiría una limita-ción del poder punitivo del Estado. En cuanto a la seguridad jurídica y la tipicidad de las normas, sí existía una publicación previa de las normas que garantizaba dichos principios. Conectando la potestad sancionadora de la época con el principio de proporcionalidad actual se puede concluir que existen similitudes y particularidades. Tenien-

⁸² ANDÚJAR CASTILLO, F., *op. cit.*, p. 18. En el caso de los nobles estaríamos hablando de un doble privilegio: por una parte, el de ser noble propiamente y por otro, el de pertenecer al estamento militar.

⁸³ *Ibid*, p. 14.

do en cuanto que el principal objetivo de los ejércitos fue, es y será el mantenimiento de la disciplina, ésta se manifiesta como algo necesaria. En nuestros días el medio empleado en la aplicación de leyes penales debe ser el menos gravoso y la medida la menos restrictiva. En los ejércitos de la dinastía de los Austrias se abusaba de manera considerable de la pena capital para escarmentar al penado y que sirviera de ejemplo al resto de los soldados cuando se atentaba de manera grave contra las normas establecidas. Hoy en día esta cuestión de la pena capital está abolida por nuestra norma suprema, incluso en tiempo de guerra. Donde sí se observa un avance, es en los sujetos que tienen potestad para dictar justicia en la milicia. Hasta el siglo XVII, la potestad correspondía en su totalidad a los altos cargos militares que administraban justicia con total arbitrariedad, aunque basándose en las ordenanzas vigentes. Se denota una relativa proporcionalidad entre el hecho y la pena consecuente, que irá concretándose con el paso del tiempo. Habrá que esperar a ya entrado el siglo XVIII, a que los mandos militares pierdan cierta potestad penal en favor de jueces militares, aunque dentro de una jurisdicción privilegiada y muy restrictiva. Como última observación a la evolución de los principios constitucionales, hay un hecho muy claro relativo al artículo 25 de la CE. En los siglos XVI y XVII, la finalidad de la pena militar era disuadir al soldado a que no volviera a cometer el delito, y si la pena conllevaba pena capital, que fuera un aviso para aquellos soldados que quisieran realizar los mismos actos que el penado. Es decir, tenía un carácter negativo-intimidatorio. En nuestros días, es sabido el carácter reeducativo, positivo, y de reinserción social de la pena para que el reo no vuelva a cometer actos delictivos.

Con respecto a las cuestiones de procedimiento, es obligatorio referirse al llamado fuero militar, donde se observa cómo va aumentando sus prerrogativas con el cambio de dinastía, hasta llegar a unos límites insostenibles que originaron una modificación de sus postulados. Es destacable no solo la diferencia entre lo militar y lo civil, sino dentro del estamento militar las distintas clases sociales representadas en los empleos militares.

El tema de la jurisdicción militar abre un debate de cómo ha evolucionado ésta hasta la democracia actual. Dicho debate comienza por la justificación de una jurisdicción militar diferenciada de lo que denominamos ordinaria, a tenor por lo dictado por el TEDH, donde justifica las diversas razones de la pervivencia de la jurisdicción militar en España y realiza distintas propuestas para reforzar el estatuto jurídico de sus integrantes que seguirían perteneciendo al Cuerpo Jurídico Militar.

La dogmática jurídico militar nos han hecho creer que esta jurisdicción se justificaba en el mantenimiento de la disciplina en los Ejércitos, como elemento determinante en la organización de estos, en la jerarquía, y en la aplicación de un derecho propio (el derecho penal militar) que requiere de unos conocimientos técnicos que sólo poseen los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, como élite especializada en el mismo. Nadie duda de la importancia de la disciplina y del sistema jerárquico en la organización de nuestras Fuerzas Armadas, pero para su mantenimiento no es necesaria la existencia de una jurisdicción militar diferenciada de la jurisdicción ordinaria, como una auténtica jurisdicción de excepción, con quiebra del principio de unidad jurisdiccional y sin ser parte integrante del Poder Judicial del Estado, tal y como está organizada hoy en España. Si alzamos la vista, vemos que otros países de nuestro entorno cultural y socios de la OTAN han prescindido de la existencia de esta jurisdicción y han otorgado la competencia, para la protección de la disciplina en sus Ejércitos, a los jueces y tribunales de sus Jurisdicciones Ordinarias. Tales países como: Alemania, Francia, Holanda, Portugal y otros han prescindido de la existencia de la jurisdicción militar.

Hoy en día, la doctrina entiende que no es necesaria una “especial sensibilidad para la singularidad castrense” para juzgar las conductas de los militares, como justificación para que los jueces de la jurisdicción militar sean militares. Tan solo es suficiente que los jueces y magistrados que enjuicien la conducta de los militares tengan la formación jurídica suficiente para resolver los asuntos para los que fuesen competentes, como ocurre con todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso administrativo, social, mercantil).

Es necesario, y urgente, profundizar en los principios constitucionales, haciendo de la Jurisdicción Militar bien un orden jurisdiccional común (el militar), o incluso suprimiéndola con asunción de sus competencias por los Juzgados y Tribunales penales y contencioso administrativos ordinarios, lo que implicaría la plena ruptura de los lazos con el Cuerpo Jurídico Militar y el Ministerio de Defensa, haciéndola depender del Consejo General del Poder Judicial, del que formaría parte, al integrar a sus miembros en el cuerpo único de jueces y magistrados. Todas estas reflexiones tendrían como consecuencia que se aplicara el principio universal de que la justicia debe ser absolutamente igual para todos. Por esta y por otras muchas poderosas razones la jurisdicción militar debería integrarse en la jurisdicción ordinaria o constituir, dentro de la misma, el orden jurisdiccional “de lo militar”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEJANDRE, J.A., (1978), *“La función penitenciaria de las galeras”*, en Historia 16, octubre, numero extra.
- ANDÚJAR CASTILLO, F., (1996), *“El fuero militar en el siglo XVIII. Un estatuto de privilegio”*, Universidad de Granada, Granada.
- ARRANZ GUZMÁN, A., (I extraordinario de 2017), *“Las raíces de las Ordenanzas Militares en la Castilla Medieval”*, Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias, Instituto de Historia y Cultura Militar.
- BALLESTEROS, A., (2020), *“Fuero de Atienza”*, en Boletín de la Real Academia de la Historia, nº 68, Madrid, Real Academia de Historia.
- BARRIONUEVO DE PERALTA, J., (1996), *“Avisos del Madrid de los Austrias y otras noticias”*, Clásicos Castalia, Madrid.
- BLOGSPOT.COM., *“La disciplina en los Tercios a mediados del siglo XVI.”*, URL: <http://ejercitodeflandes.blogspot.com/2019/07/la-disciplina-en-los-tercios-mediados.html>.
- CASTILLO DE BOVADILLA, J., (Amberes 1704), *“Política para corregidores y señores de vasallos”*. Ed. del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.
- CORPAS ROJO, J., (I extraordinario de 2017), *“Evolución de la organización económica militar de los Austrias”*, Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias, Instituto de Historia y Cultura Militar.
- DE LAS HERAS SANTOS, J. L., (1994), *“La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla”*, Estudios Históricos y Geográficos, Salamanca.
- DERECHO UNED, *“El ejército y su organización en la España visigoda”*, URL: <https://derechouned.com/libro/historia/2180-el-ejercito-en-la-espana-visigoda>.
- ESCARTÍN LARTIGA, E., (1944), *“Características de la disciplina del ejército español a través de la historia”*, Estado Mayor Central del Ejército, Servicio Histórico Militar, Madrid.
- FERRER MALLOL, M.T., (2001), *“La organización militar en Cataluña en la Edad Media”*, Dialnet, Revista de Historia Militar.
- LARDIZÁBAL Y URIBE. M., (1782), *“Discurso sobre las Penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma”*, Madrid.

LUARNA EDICIONES, *“Las siete partidas. Alfonso X el sabio”*, URL:<http://www.ataun.eus/bibliotecagratis/C1%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas>.

MARTÍNEZ DE MERLO, J., (I extraordinario de 2017), *“La organización de los ejércitos en los Austrias”*, Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias, Instituto de Historia y Cultura Militar.

MARTÍNEZ LAÍNEZ, F., (2021), *“El soldado español. Una visión de España a través de sus combatientes”*, Arzalia Ediciones, Madrid.

MARTÍNEZ RUIZ, E., (I extraordinario de 2017), *“El ejército de los Austrias y sus ordenanzas”*, Revista de historia militar, Ordenanzas militares de los Austrias, Instituto de Historia y Cultura Militar.

NAVARRO MÉNDEZ, J., (2010), *“La instrucción de 1536 u Ordenanza de Génova (la génesis de los Tercios)”*, Revista Ejército, nº 827.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *“Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII, 2ª ed”*. Ed. Tecnos. Madrid.

ZAMORA NAVARRO, J.F., (2017), *“El nuevo reglamento de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas”*, IEEE.

MONEDA Y FUEROS. INTERPRETACIÓN Y PROPUESTAS DE DATACIÓN¹

CURRENCY AND FUEROS. INTERPRETATION AND DATING PROPOSALS

GONZALO OLIVA MANSO

Profesor Contratado Doctor. Facultad de Derecho. Universidad
Nacional de Educación a Distancia

Sumario: *I. La inmutabilidad del derecho y su repercusión en la penalidad. Conclusión. II. Fueros del siglo XII. Identificando el maravedí. II.A. Zorita de los Canes. II.B. Medinaceli. II.C. Santa María de Cortes. III. Fueros del siglo XIII. Conectando los sistemas monetarios. III.A. Uclés. III.B. Guadalajara. III.C. Cuenca. III.D. Andaluz. III.E. Brihuega. III.F. Alcalá de Henares. IV. Conclusión.*

Resumen: En la Edad Media el Derecho una vez establecido deviene inmutable, por el contrario, los sistemas monetarios cambian a discreción de la autoridad real. El resultado de su interacción inevitablemente genera discrepancias. Las penas económicas reflejadas en los fueros van quedando obsoletas de manera constante a medida que las monedas en que aparecen cuantificadas cambian y pierden valor. Los perceptores de estas multas aprovecharon las nuevas redacciones de estos textos para introducir cláusulas que, respetando el literal de los preceptos, al menos minimizasen este perjuicio. Del análisis de estas cláusulas se descubre la existencia de un sustrato anterior de carácter penal en los fueros que se redactaron en el intervalo 1175-1250.

¹ Este trabajo se integra en el proyecto nacional *América en España, Europa en América: poder, derecho e imágenes respectivas, complementarias y contrapuestas, a lo largo de la historia (siglos XVI-XIX)*, PID2021-122730NB-100 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

Palabras clave: Castilla, fueros, moneda, maravedí, mencales.

Abstract: In the Middle Ages, law once established became immutable, while monetary systems changed at the discretion of the royal authority. The result of their interaction inevitably led to discrepancies. The economic penalties reflected in the charters are steadily becoming obsolete as the currencies in which they are quantified change and lose value. The recipients of these fines took advantage of the new drafts of these texts to introduce clauses which, while respecting the literal precepts, at least minimized this damage. An analysis of these clauses reveals the existence of a previous penal treaty in the fueros drafted between 1175 and 1250.

Key words: Castile, fueros, currency, maravedí, mencales.

I. LA INMUTABILIDAD DEL DERECHO Y SU REPERCUSIÓN EN LA PENALIDAD

En los últimos años han aparecido dos artículos donde se esboza el panorama monetario castellanoleonés durante el denominado siglo del maravedí de oro (1172-1268)². Las ideas en ellos expuestas se apartan en mayor o menor medida de los trabajos hasta ahora publicados de los que, no obstante, son deudores³. Aprovechando esos artículos nos planteamos ahora dar una aplicación práctica a las conclusiones que en ellos se ofrecen trasladándolas del ámbito económico al legislativo y utilizándolas como herramienta en el campo del derecho

² OLIVA MANSO, G., «Enigmas monetarios en el derecho local. Los mencales y maravedís en los fueros castellanos», *Revista General de Información y Documentación*, 26.1, 2016, págs. 311-340; y «Cien años de moneda en Castilla (1172-1268). El siglo del maravedí de oro», *Espacio, Tiempo y Forma. Serie III. Historia Medieval*, 31, 2018, págs. 483-520.

³ BELTRÁN VILLAGRASA, P., «Dos tesorillos de vellones ocultos en la primera época del reinado de Alfonso X», *Obra completa, II. Edad Media y Reyes Católicos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1972, págs. 646-698; GIL FARRÉS, O., *Historia de la moneda española*, Octavio Gil Farrés, Madrid, 1976, págs. 322-339; HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Francisco J., *Las rentas del Rey. Sociedad y fisco en el reino castellano del siglo XIII*, 2 vols., Fundación Ramón Areces, Madrid, 1993; LADERO QUESADA, M. A., «Monedas y políticas monetarias en la Corona de Castilla (siglos XII-XV)», *Moneda y monedas en la Europa medieval (siglos XII-XV): XXVI Semana de Estudios Medievales, Estella, 19 a 23 de julio de 1999*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2000, págs. 129-178; CASTÁN LANASPA, G., *Polémica monetaria y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2000; ROMA VALDÉS, A., *Moneda y sistemas monetarios en Castilla y en León durante la Edad Media (1087-1366)*, Asociación Numismática Española – Museo Casa de la Moneda, Barcelona-Madrid, 2000; GAUTIER DALCHÉ, J., «La politique monétaire et fiscale d'Alphonse X revisitée par Guillermo Castán Lanaspá», *Alcanate*, 4, 2004-2005, págs. 315-352.

medieval. Intentamos comprender a través de ellas qué monedas se ocultan en algunos de los principales textos forales extremaduranos de ese período y, si es posible, ajustar las fechas de su redacción y/o concesión.

Efectivamente, una parte muy importante de estos instrumentos legales no pueden conectarse con precisión a una fecha determinada ya que carecemos de los diplomas originales que se perdieron con el tiempo. El agua y el fuego fueron sus principales enemigos, pero también hay que contar con los animales y los propios hombres que por descuido, ignorancia o interés participaron en el proceso destructivo⁴. En contrapartida disponemos de las confirmaciones que de ellos se realizaron a posteriori, pero, interesando ante todo su contenido legal, en muchas ocasiones se prescindió de los elementos accesorios y entre ellos la fecha de su primera concesión. En otras ocasiones ni siquiera disponemos de un documento oficial y solo conservamos textos de carácter pseudooficial, en tanto que procedente de una entidad pública no lograron finalmente el reconocimiento del monarca. Fue habitual que las autoridades locales no se limitasen simplemente al archivo y custodia de los privilegios y franquezas concedidos a la comunidad iniciando un proceso más activo de reunión y consolidación, en ocasiones sinuoso. Procedieron así a integrar sus contenidos y los procedentes de otras fuentes –sentencias de la casa del rey, colecciones de fazañas, ordenanzas locales, recopilaciones de costumbres...– en nuevos escritos, a la par que los dotaban de un cierto orden interno, y no en todos los casos. Solo quedaba esperar la oportunidad precisa para presentar el nuevo texto al rey para su confirmación, lo que en muchos casos no ocurrió.

En estos procesos se mezclaron materiales de diversas épocas planteándose ahora el problema de asignar una fecha precisa al texto final. En algún caso, como Castrojeriz⁵, el concejo optó por acumular materiales en orden cronológico manteniendo las fechas originales, pero no siempre se obró así. En Madrid se decidió poner la fecha de la última

⁴ En tanto este proceso no fuera completo los fueros, como cualquier otro documento, tenían validez jurídica: «Et maguer tales cartas ó tales previllejos fuesen viejos ó desatadas algunas letras en ellos, ó fuesen roídos de mures, ó de gusanos ó de otra cosa, ó mojados de agua, solamente que se puedan leer et tomar verdadero entendimiento dellos, non les empesce et valen así como desuso mostramos» (*Partidas* 3,18,114, seguimos la edición: *Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López...* (Las), vol. 1, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011 (reedición facsímil de la edición de Salamanca, 1555).

⁵ OLIVA MANSO, G., *Génesis y evolución del derecho de frontera en Castilla (1076-1212)*, tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015, págs. 99-101.

concesión real⁶, mientras en Sepúlveda se consideró más adecuada la del privilegio más antiguo, señal de que nunca se logró la confirmación real⁷. Este proceder nos lleva en ocasiones a callejones sin salida donde el estudio de los elementos no legislativos del texto: diplomáticos, personales, geográficos... no es suficiente para ofrecer fechas, siquiera aproximadas⁸. La comparación de sus preceptos con otros semejantes del derecho medieval nos encamina a textos con la misma problemática⁹. Entre las herramientas utilizadas el análisis monetario ha tenido un papel testimonial, cosa por otra parte lógica cuando no existen estudios concluyentes sobre los sistemas monetarios anteriores al siglo XIV. Algún acercamiento aislado como el realizado por Martínez Díez en su estudio de los fueros de la familia Coria-Cima-Coa le sirvió únicamente para señalar la preeminencia cronológica de Coria y Alfaiates sobre Castelo Rodrigo, aunque sin poder precisar fechas concretas. Partiendo de los estudios monetarios de Mateu y Llopis¹⁰ afirmaba:

«En estos mismo cotejos que acabamos de transcribir nos aparece otro dato revelador del carácter un tanto tardío del Fuero de Castelo Rodrigo. Mientras en Coria y en Alfaiates el maravedí viene calculado en 10 sueldos, en Castelo Rodrigo, su valor es ya de 15 sueldos, el sueldo o moneda corriente se va devaluando. Y mientras Coria y Alfaiates señalan la cuota para los zapateros en 3 meajas, Castelo Rodrigo, la expresará en 4 dineros, al igual que el Fuero de Cáceres 124 y Usagre 125, en fecha más tardía»¹¹.

Los preceptos a que se refería este autor son los siguientes:

⁶ ALVARADO PLANAS, J. y OLIVA MANSO, G., *El fuero de Madrid*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, págs. 75-83.

⁷ OLIVA MANSO, G., «Orígenes del derecho sepulvedano», en F. SUÁREZ y A. GAMBRA (coords.), *Los fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera. II Symposium Internacional de Estudios Históricos de Sepúlveda*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 51-70.

⁸ Estos problemas se han tratado también en otros trabajos dedicados al fuero de Palenzuela (GAMBRA, A., *Alfonso VI. Cancillería, Curia e Imperio. II Colección diplomática*, Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro", León, 1997, pág. 49) y al breve de Guadalajara (MARTÍN PRIETO, P., «El derecho castellano medieval en sus textos: los Fueros de Guadalajara», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 78-79, 2008-2009, págs. 146-156).

⁹ Así ocurre con el fuero extenso de Sepúlveda (OLIVA MANSO, G., «Orígenes del derecho sepulvedano», págs. 70-94).

¹⁰ MATEU Y LLOPIS, F., *La moneda española*, Alberto Martín, Barcelona, 1946, págs. 167-168.

¹¹ MARTÍNEZ DÍEZ, G., «Los Fueros de la familia Coria Cima-Coa», *Revista Portuguesa de Historia*, 13, 1971, pág. 366.

CORIA 117: «Los çapateros, por solar denles tres meajas, el maravedi a X sueldos...»¹².

ALFAIATES 117: «Los zapateros per solar dent illos iii meagas, morabitino ad x solidos...»¹³.

CASTELO RODRIGO 6,34: «Hos çapateiros tomen por solar iiii dinheyros de xv soldos ho morabitino...»¹⁴.

Más abundantes son las cláusulas de carácter monetario presentes en los fueros de la Extremadura castellana y, como en los ejemplos anteriores, se nos detalla el valor de cambio existente entre dos monedas. Dos razones parecen estar detrás de la existencia de estas cláusulas.

La primera tiene que ver con la circulación sincrónica de varias monedas con la misma denominación y, a la inversa, la misma moneda o monedas prácticamente idénticas con nombres diferentes. Se hacía necesario distinguir entonces cuál de ellas era la citada en el fuero. En determinados momentos, finales del siglo XI y principios del XII, con el término «mencal» se denominaba una moneda de oro y así aparece en el documento de 1090 que recoge la renovación del pacto de amistad entre el monasterio de Cluny y Castilla-León. En el mismo Alfonso VI duplica el censo acordado por su padre Fernando I y que ascendía originalmente a «mille uidelicet aureos, quos uulgo mencales apellant»¹⁵. Sin embargo, este término para denominar a la moneda de oro irá dejándose de utilizar en las décadas inmediatas¹⁶, siendo sustituido por el de «morabetino», más tarde transformado en «maravedí», o el mucho más genérico «áureo». El «mencal» se reservó entonces para aludir a un ponderal del oro con el que se ponían en relación las nuevas monedas de oro que iban surgiendo, y con esta naturaleza de ponderal se utiliza en todas las referencias que vamos a estudiar.

¹² *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico*, por José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, transcripción y fijación del texto, por E. SÁEZ, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949.

¹³ *Portugaliae Monumenta Historica: a saeculo octavo post Christum usque ad quintumdecimum, iussu Academiae Scientiarum Olisiponensis edita, Leges et consuetudines*, vol. 1, Iussu Academiae Scientiarum Olisiponensis, Lisboa, 1856, págs. 791-848.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 849-896.

¹⁵ GAMBRA, A., ob. cit., doc. 110.

¹⁶ No siempre ocurre así, la variante «mizcal» aparece de forma constante en la documentación mozárabe de Toledo de los siglos XII y XIII, pero se trata de un anacronismo como lo es el uso del árabe entre esta comunidad cristiana (GONZÁLEZ PALENCIA, A., *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, 4 vols, Instituto Valencia de Don Juan, Madrid, 1930).

Una expresión del tipo: «... et pro illo dedi illi in pertinencia decem mille moravetinos magnos et mille septingentos et triginta moravetinos parvos super illos»¹⁷ presente en la renovación que se hizo del fuero de Yanguas con posterioridad a 1192, distingue entre dos monedas de oro con distintos valores. Llegado el momento actual solo podemos inferir que se trata de dos monedas de oro de distinto valor, pero no sabemos si estamos ante doblas almohades, mazmudinas del mismo origen, maravedís lopinos o maravedís alfonsinos, pues todas ellas con mayor o menor profusión circulaban en esa fecha. Si nos vamos a un documento de 1213 del monasterio de San Zoilo de Carrión que recoge el inventario de sus propiedades y derechos, se nos comunica que «In Cardenosa habemus collacios et ecclesiam que dicitur Beata Maria, et domos quas emi pro LX^a aureos, et comparaui uineas pro LXX morabetinos»¹⁸. Una expresión aún más indefinida que la de Yanguas apareciendo juntas un término tan general como «aureo» con otro apenas un poco más preciso como «morabetino».

La segunda razón nace de la mutabilidad de los sistemas monetarios, pues siendo la emisión de la moneda una regalía real, los monarcas usaron de esta prerrogativa que les permitía detraer una cantidad de metal precioso de cada moneda por razón de su señorío. Los eternos problemas económicos de los monarcas supusieron la desaparición de unas monedas y su sustitución por otras que presentaban cambios más o menos relevantes en su metrología, siempre a la baja, y que sin embargo conservaban la misma denominación y el mismo valor. El problema venía más adelante cuando transcurrido un lapso considerable de tiempo y tras sucesivas alteraciones monetarias se hacía muy difícil, si no imposible, determinar estos valores.

El siglo XII fue una época bastante estable en Castilla desde el punto de vista monetario al producirse únicamente dos reformas del sistema. En 1117, los maravedís de oro se contaban a razón de cuatro sueldos¹⁹ y mantuvieron esta relación hasta que, en un momento indeterminado de mediados de siglo, anterior en todo caso a 1164, pasaron a hacerlo en cinco sueldos²⁰. En 1187 la presencia

¹⁷ DELGADO MARTÍNEZ, M.^a C., *Apuntes sobre la vida rural de la villa y tierra de Yanguas (Soria), siglos XII-XVI*, CSIC, Centro de Estudios Sorianos, Almazán, 1981, doc. 2.

¹⁸ PÉREZ CELADA, J. A., *Documentación del monasterio de San Zoilo de Carrión (1047-1300)*, J. M. Garrido Garrido, Burgos, 1986, doc. 80.

¹⁹ «Vendiose el trigo en Mayo en Toledo la fanega por XIV. soldos, è era el maravedi IV. soldos, Era MCLV» (FLÓREZ, E. (ed.), *Anales Toledanos II, España Sagrada*, vol. 23, Antonio Marín, Madrid, 1767).

²⁰ Esta valoración viene en un escrito toledano de 1226 que recoge la concordia a que llegaron el canónigo don Alfonso Menéndez y el gremio de conejeros en lo que respecta a su paso y estancia por sus tierras. Al parecer estos había incumplido un

del maravedí alfonsí nuevo (A) hizo necesaria la devaluación de los dineros para armonizarlos con una moneda con menor contenido de metal áureo²¹. El sistema se mantuvo estable tres décadas hasta que al principio del reinado de Fernando III se modificó la moneda de vellón con el consiguiente cambio en su relación con el maravedí. El proceso antes descrito puede sintetizarse en el cuadro que figura en el apéndice y que seguiremos en los cálculos que se presentarán en el artículo.

Los vecinos y, por descontado, las autoridades municipales observaron como en el fuero se cuantificaban unas caloñas en maravedís y dineros que no tenían el mismo valor intrínseco que sus homónimas emitidas décadas después, ni tampoco guardaban el mismo valor de cambio entre ellas. El resultado era que las indemnizaciones y multas a recibir por unos y otros quedaban seriamente mermadas al recibir los pagos en las nuevas monedas. Era el caso de la caloña tradicional por los delitos más graves –homicidios, amputaciones, violaciones y ataques graves contra los domicilios– establecida desde tiempos visigóticos en 300 sueldos para el estamento no nobiliario. Sueldos que en ese momento se referían a una moneda real, el *solidi* romano de 4,54 gramos de oro, y que desde entonces se había transformado en una moneda de cuenta equivalente a 12 dineros de vellón. Así se estableció por Carlomagno, pasó a la Península Ibérica y se utilizó a lo largo de toda la Edad Media como se manifiesta en todas las equivalencias de este estudio. En 1186 la plata contenida en estos 300 sueldos, moneda de cuenta, o 3.600 dineros, moneda real, alcanzaba los 1.537,2 g y al año siguiente había descendido hasta los 1.364,4 g. Treinta años después la pérdida se acentuó y la plata se redujo a 910,8 g. De la misma manera haciendo el cálculo en monedas de oro, los 60 maravedís se habrían visto reducidos de 230,4 g hasta 204,66 g.

El problema se perpetuaba y aún cuando se remodelase el fuero había que respetar los preceptos anteriores. Las soluciones partían siempre de un freno que condicionaba cualquier respuesta ya que existía la obligación de ceñirse al literal del fuero. Si en el mismo figuraban cualesquiera cantidades expresadas en maravedís, mencales, sueldos o dineros había que respetarlas. Existía, eso sí, cierta flexibi-

acuerdo anterior de 1164 donde se fijaba: «como multa la caza que lleva más sesenta dineros de a cinco sueldos el mizcal» (GONZÁLEZ PALENCIA, Antonio, ob. cit., doc. 956). No obstante, algunos investigadores se hacen eco de una referencia muy anterior, de 1134, pero no indican su fundamento documental (GIL FARRÉS, O., ob. cit., pág. 317 es el que da la noticia y le siguen autores más recientes como LADERO QUESADA, M. Á., ob. cit., págs. 140 y 142 y ESPAÑA, L. DE, *Sistemas monetarios peninsulares. La acuñación de moneda cristiana tras la invasión de los musulmanes hasta el siglo XV*, Fundación León de España, Madrid, 2002, págs. 51-52).

²¹ OLIVA MANSO, G., «Cien años de moneda...», págs. 490-493.

lidad en los medios de pago utilizados y así se aceptaban tierras, ganado o mercancías, mediando acuerdo entre las partes sobre el valor que se daba a estos bienes. De la misma manera si en la documentación figuraba que el pago debía efectuarse en áureos se podía admitir tanto moneda de oro como dineros de vellón, y a la inversa ocurría lo mismo. En este caso, se asumía que el valor del oro de esos maravedís equivalía exactamente a la plata que tenían los dineros. No obstante, a medida que los dineros de vellón perdían metal precioso su aceptación se hacía complicada. En esta tesitura los concejos intentaron mantener en la medida de lo posible el valor de la calaña o, en ciertos casos, asumir pérdidas. Se modificó entonces de manera indirecta el derecho tradicional al introducir cláusulas monetarias que relacionaban monedas «viejas» y «nuevas», pero aún así debían ceñirse a los tipos de cambio antiguos o modernos. El resultado fue la aparición de equivalencias a veces complicadas donde se comparaban mencales ponderales, sueldos de cuenta y maravedís y dineros, moneda real.

II. FUEROS DEL SIGLO XII. IDENTIFICANDO EL MARAVEDÍ

II.A. Zorita de los Canes

Zorita de los Canes, como tantas otras localidades, presenta algunas lagunas que nos impiden el completo conocimiento de su devenir institucional, económico y, en lo que nos interesa ahora, legal²². Consta que había pasado a manos cristianas tras la conquista de Toledo siendo encomendado su gobierno a Alvar Fáñez al menos desde 1097 quien lo mantuvo hasta su muerte en 1114. En 1124 se realizó el deslinde de sus términos con la cercana localidad de Almoguera, abriéndose un paréntesis de 25 años de oscuridad durante el que se desconoce si se mantuvo adscrita al reino castellanoleonés o pasó a ser controlada por los almorávides durante esos turbulentos años. En 1149 tuvo lugar allí una entrevista entre Alfonso VII e Ibn Hamusk, rey de Murcia, y su yerno Muhammad ibn Mardanish²³ y los documentos posteriores nos presentan a Zorita como una villa integrada

²² SIMONET, F. J., *Historia de los mozárabes de España. IV: Los últimos tiempos (años 1085-1492)*, Establecimiento Tipográfico de la Viuda e Hijos de M. Tello, Madrid, 1897-1903, págs. 754-755; GONZÁLEZ, J., *Repoblación de Castilla la Nueva*, vol. 2, Universidad Complutense, Madrid, 1976, págs. 181-183; y URBINA MARTÍNEZ, D. y URQUIJO ÁLVAREZ, C., «El castillo de Zorita de los Canes», *Boletín de la Asociación de Amigos del Museo de Guadalajara*, 11, 2020, págs. 224-228.

²³ GARCÍA LÓPEZ, J. C., *La Alcarria en los dos primeros siglos de la Reconquista. Discursos leídos ante la Real Academia de la Historia en la recepción pública del Excmo. Sr. D... en 27 de mayo de 1894*, El Progreso, Madrid, 1894, doc. 50.

en el dominio real y objeto de la atención del monarca que procuró su repoblación como se refleja en el fuero concedido en 1156 a los aragoneses, muchos de ellos mozárabes, que acudieron a la localidad²⁴. Durante la minoridad de Alfonso VIII la villa estuvo hasta 1169 bajo el control de la influyente familia de los Castro, apoyada por Fernando II de León. Ese año retornó a la autoridad del rey quien apenas un año después la entregó a su esposa Leonor Plantagenet como parte de las arras por su matrimonio. Sin embargo, en 1174 Alfonso VIII cedió la villa a la Orden de Calatrava, institución que había intervenido decisivamente en 1169 en su recuperación²⁵. Este cambio debió de traer consigo un cierto ajuste de las relaciones concejo-señor. La comunidad vecinal ya llevaba un tiempo funcionando y habría formado una conciencia propia como ente autónomo cimentada en el disfrute de unos privilegios que debían respetarse y aún aumentarse si se pretendía contar con su total adhesión. En este contexto habría que situar la concesión del fuero de 1180 en la que tuvo una participación decisiva el monarca para terminar con las suspicacias existentes²⁶.

En su articulado aparece una expresión monetaria: «El maravedí de las calonnas sea de tres mencales e medio» (# 37) que se presenta coetánea tanto de la fecha del fuero como del período correspondiente a las equivalencias maravedí-mencal. Este maravedí se corresponde con el maravedí alfonsí que había comenzado a labrarse por Alonso VIII en 1172 tras la caída de la taifa murciana de Muhammad ibn Mardanish, el conocido rey Lobo. Hasta entonces la moneda de oro de referencia habían sido los maravedís lopinos cuyas pautas metro-lógicas se continuaron en la nueva moneda castellana. La relación de ambos con el mencal ponderal se mantuvo así hasta 1187. Esta cláusula se incluyó a los solos efectos de diferenciar el maravedí alfonsí, que era el que ya venía usándose exclusivamente en la villa para el pago de las caloñas, de los maravedís chicos de los almohades que también circulaban por la zona y que tenían un peso y un contenido

²⁴ PAREJA SERRADA, A., *Diplomática arriacense. Colección de algunos documentos, publicados unos, inéditos otros, que pueden servir para planear o ilustrar una historia de Guadalajara y su provincia*, Casa de Expósitos, Guadalajara, 1921, págs. 114-116.

²⁵ RADES Y ANDRADA, F. DE, «Chronica de Calatraua», *Chronica de la tres Ordenes y Cauallerias de Santiago, Calatraua y Alcantara*, Casa de Juan de Ayala, Toledo, 1572, fols. 15r-16r.

²⁶ «... yo don Alfonso, por la gracia de Dios rey de Castiella <e> de Toledo, e yo don Martin de Siones, maestre de Calatrava, de consuno, con voluntad del convento de Calatrava, facemos carta de testamento, a vos, los omes del concejo e del termino de Zorita» (MORÁN MARTÍN, R., «La organización de un espacio de la Orden de Calatrava en el siglo XII: La Alcarria», en J. ALVARADO (coord.), *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV): una perspectiva metodológica*, Polifemo, Madrid, 1995, doc. 2.

en oro mucho menor²⁷. Se trataba entonces de asegurar unas cantidades tradicionales ya establecidas en el derecho de la villa para que nadie, aprovechando la polisemia, intentase el subterfugio de pagar en maravedís chicos con el ahorro consiguiente.

II.B. Medinaceli

Medinaceli presenta en sus comienzos una historia aún más azarosa que la de Zorita con varios cambios de manos entre musulmanes y cristianos, y aún entre estos últimos, consecuencia de la pugna entre Urraca y Alfonso el Batallador. No se estabilizó la situación hasta 1128 en que consta su obediencia a Alfonso VII y su entrada en el dominio real de donde no volvió a salir hasta la Baja Edad Media. El derecho de Medinaceli consta de dos textos que carecen de fecha de concesión o redacción. Además, estos documentos no son los propios de la villa, sino que proceden de localidades navarras y dicen haber sido redactados conforme al correspondiente fuero de Medinaceli. El primero de ellos es el fuero de Carcastillo que mantiene fuertes vínculos con el anterior fuero de Zorita del que puede considerarse su precedente inmediato o, al menos, un miembro muy cercano de su familia²⁸. En el documento de concesión de fecha imprecisa, pero siempre cercana a 1125 o poco posterior²⁹, Alfonso I

²⁷ Por entonces no existían las doblas que empezaron a ser emitidas por el emir almohade Abu Yusuf Ya'qub al-Mansur a raíz de la reforma numismática del año 581/1185 (CANTO, A. y IBRAHIM, T., *Moneda andalusí en La Alhambra*, Archivos y Publicaciones Scriptorium, Granada, 1997, págs. 43-45).

²⁸ Las similitudes entre el fuero breve de Medinaceli y los de Belinchón (1170), Uclés (1179) y Zorita (1180) fueron puestas de manifiesto por Rivera quien cotejó todos ellos encontrando notables paralelismos tanto en su redacción, prácticamente literal en mucho apartados, como en su estructura (RIVERA GARRETAS, M.^a M., «El fuero de Uclés (siglos XII-XIV)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982, págs. 243-348). Véase también OLIVA MANSO, G., *Génesis y evolución...*, págs. 357-366.

²⁹ El estudio de los tenentes citados en el documento y el itinerario del rey aragonés llevaron a Lema Pueyo a establecer esta fecha que ya había avanzado García Gallo, aunque sin justificarla, y a la que también se adhiere Morán Martín. Otros autores como Muñoz Romero y Lacarra han preferido la de 1129. Por su parte, Fortún López de Ciriza tras aceptar un intervalo cercano a esta fecha, posteriormente se decantó por un intervalo entre 1128 y 1134 (LEMA PUEYO, J. Á., «El fuero de Carcastillo», *Príncipe de Viana*, 8, 1988, Ejemplar dedicado a: *Primer Congreso General de Historia de Navarra. Comunicaciones. Edad Media*, pág. 74. GARCÍA-GALLO, A., «Los fueros de Medinaceli», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, pág. 15. MORÁN MARTÍN, R., «La urdimbre de un Fuero. Sobre el Derecho local de Sigüenza», *Cuadernos de Historia del Derecho*, Extra 2, 2010, págs. 385-386. MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Imprenta de Don José María Alonso, Madrid, 1847, pág. 469. LACARRA Y DE MIGUEL, J. M.^a, «Notas para la formación de las familias de fuer-

otorgó «totos lures fueros de Medinaceli» cuyo articulado se transcribe a continuación³⁰.

El fuero de Medinaceli sería uno más de los denominados fueros de fronterizos, asociados no a un espacio singular como la frontera sino a «una realidad personal, un conjunto de hombres dotados de un estatuto personal que se adapta y territorializa en unas determinadas localidades navarras, al compás de repliegues migratorios»³¹. En este sentido habría que vincularlos con el regreso de los repobladores navarros que se establecieron en tierras sorianas y que tras la recuperación de estos territorios por Urraca y su consolidación por Alfonso VII decidieron volverse a sus lugares de origen conservando los privilegios y franquezas que habían disfrutado durante este tiempo³².

Paradójicamente no va a ser en este texto medinense donde encontremos unas cláusulas monetarias idénticas a las de Zorita sino en otro fuero que presenta un articulado mucho más amplio y diferente. Este fuero semiextenso nos ha llegado a partir de una copia conservada en Murillo el Fruto. En un primer momento fue atribuido erróneamente al período 1124-1134 por Muñoz y Romero³³ quien apostó por Alfonso el Batallador como el monarca que dio su beneplácito al concejo para su redacción. García-Gallo llevó las fechas más de cincuenta años hacia adelante a tiempos de Alfonso VIII y lo hizo con tres sólidos argumentos. En primer lugar, destacaba el papel principal desempeñado por el concejo en el proceso de elaboración que solo es entendible a partir del desempeño de una institución consolidada tras décadas de ejercicio. Este período de tiempo explica también como algunos capítulos del fuero solo pueden entenderse como fruto de un proceso de evolución en el derecho local y, finalmente, está la equivalencia monetaria que lo pone en relación con el fuero de Zorita de los Canes³⁴.

os», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 10, 1933, pág. 246. FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J.; «Colección de 'fueros menores' de Navarra y otros privilegios locales», *Príncipe de Viana*, 165, 1982, pág. 296. FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., «Los 'fueros menores' y el señorío realengo en Navarra (siglos XI-XIV)», *Príncipe de Viana*, 46/176, 1985, pág. 615).

³⁰ Este articulado constituye un texto independiente y el cotejo de los testigos que corroboran su contenido con otros presentes en documentos contemporáneos también avalan 1125 como fecha de su redacción (GARCÍA-GALLO, A., ob. cit., p. 15).

³¹ FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., «Fueros locales de Navarra», *Revista de Historia Jerónimo Zurita*, 78-79, 2004, págs. 123-124.

³² OLIVA MANSO, G., *Génesis y evolución...*, págs. 223-224.

³³ MUÑOZ Y ROMERO, T., ob. cit., pág. 435.

³⁴ GARCÍA-GALLO, A., ob. cit., pág. 16.

MEDINACELI (# 29): «Quj a otro dixiere «cornudo» o «gaffo» o «fududencolo» o «puta» o «gaffa», peche un morauidi, e el morauidi sea de tres mencales e medio, e jure que no lo sabe en él; si iurar non quisiere, peche al rey XXX^a e VII mencales e medio e exeat injmjcus».

MEDINACELI (# 43): «Qui pendrare a otro con su uezino e fiador se feziere el pendrador subre su pendra e a drecho se parare, cochan su fiador e tornen la pendra. E si sobre esto alá trasnochare, peche cada noche un morauidi, ed este morauidi sea de tres mencales e mey»³⁵.

Este texto suscita tantas dudas que Fortún lo considera una falsificación desechada por la administración central siendo los vecinos de la villa navarra los principales sospechosos del hecho. Una noticia al final del fuero añade aún más interrogantes: «Quando el rey don Pedro poblo Muriel Freyto, poblola con otorgamiento del fuero de Medina Çelim. Era MCCX»³⁶. La evidente discrepancia entre los posibles monarcas de este nombre y la fecha de 1172 se continúa con una elaboración por mano distinta que el resto del fuero. Por otro lado, el documento en su conjunto carece de autenticación oficial y, además, no consta su presencia en los cartularios junto al resto de los privilegios concedidos a la villa. Motivos todos ellos suficientemente contundentes para otorgarle la condición de espurio³⁷.

Podríamos, no obstante, ofrecer una alternativa, que no deja de ser una mera aproximación plausible. El escribano que puso la nota tendría un conocimiento superficial del recorrido histórico-legal de Murillo el Fruto mezclando hechos ocurridos en diferentes épocas³⁸. Así una actuación repobladora de Pedro I se relaciona con la concesión del fuero de Medinaceli que la villa recibió de Alfonso I en fechas similares a las señaladas para la colindante villa de Carcastillo. Y todo ello a su vez lo conecta con el intento en 1172 de los vecinos para que se aceptaran como propias las novedades que se habían producido en el ordenamiento medinense en el transcurso de esas cuatro décadas, pero sin éxito. No serían entonces unos falsificadores en el sentido estricto, pero sí que habrían actuado con ligereza a la hora de interpretar con excesiva liberalidad el hecho de estar poblados a fuero de

³⁵ CASTILLO LLUCH, M. y ESCOBAR CASTILLO, A., «El fuero de Medinaceli concedido a Murillo el Fruto: nueva edición y estudio lingüístico», *Revista de Historia de la Lengua Española*, 17, 2022, págs. 135-141.

³⁶ *Ibidem*, pág. 118, nt. 12.

³⁷ FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., «Los ‘fueros menores’...», pág. 616.

³⁸ A este respecto Muñoz Romero afirmaba que la letra del texto del fuero era de finales del siglo XIII, añadiéndose a posteriori la nota, pero no se aventuró a fechar la misma. Los más recientes estudios lingüísticos y paleográficos se mueven en estas fechas, pero tampoco estudian la nota. Sí establecen claramente que estamos ante una traducción al romance realizada en Navarra de un original en latín (CASTILLO LLUCH, M. y ESCOBAR CASTILLO, A., ob. cit., págs. 129-130).

Medinaceli con la adopción a posteriori de todas las modificaciones y adiciones que se hubieran producido en él. En esa fecha de 1172 habrían solicitado una copia a Medinaceli lo que coincide con el sistema monetario existente en Castilla en esos momentos, como hemos visto al hablar de Zorita de los Canes. Las dos cláusulas monetarias se incluirían por entonces por las mismas razones que en Zorita de los Canes.

II.C. Santa María de Cortes

En 1168 el arzobispo toledano don Cerebruno recibió la aldea de Cortes³⁹ en las cercanías de Huete y Zorita⁴⁰. Esta titularidad cambió en los años siguientes ya que en los dos fueros que se conservan la presencia del arzobispo desaparece sustituida por el cabildo de la catedral que actúa como un señor colectivo. El primero de estos se elaboró en una fecha imprecisa, aunque inscrito en un intervalo muy reducido (1180-1182), y supone la creación de un marco estable de convivencia entre el señor y los vecinos. Se aprecia la existencia de una estadio institucional previo que da paso al desarrollo de un sistema impositivo y el reconocimiento de una cierta autonomía plasmada en unos cargos procedentes de la comunidad, aunque elegidos por el cabildo –«Nos conventos Toletean Ecclesie damus et concedidos has institutiones seu consuetudines in presenti pagina scriptas populatolibus ville nostre que dicitur Santam Maria de Cortes tam presentibus quam futuris»⁴¹–. Este texto se completa con la concesión en 1182 de un segundo fuero elaborado por la propia comunidad y dedicado en su mayor parte al derecho penal y procesal aplicable en la villa –«carta de los cotos quos nos homines de Santa Maria de Cortes componimus nobis ipse jurejurando ad concessionem canonicorum Sancta Maria de Toletto dominorum nostrorum»⁴²–.

Los vecinos de Santa María de Cortes al poner por escrito las penas correspondientes a estas conductas antisociales se vieron obligados a precisar el tipo de moneda. Para ello y como en las dos villas anteriores introdujeron un precepto de carácter general identificando

³⁹ Archivo de la Catedral de Toledo 1.6.E.1.3, edición parcial en RIVERA RECIO, J. F., «Patrimonio y señorío de Santa María de Toledo desde el 1086 hasta el 1208», *Anales Toledanos*, 9, 1974, pág. 148.

⁴⁰ Es posible que en un primer momento estuviese integrada en este último término donde existía un campo de Cortes (PAVÓN MALDONADO, B., *Guadalajara medieval: arte y arqueología árabe y mudéjar*, CSIC, Madrid, 1984, pág. 189).

⁴¹ MORÁN MARTÍN, R., «La organización de un espacio...», doc. 3.

⁴² *Ibidem*, doc. 4.

las monedas citadas a lo largo del texto: «Item omnes soldi qui peccati fuerint per calumnia vel per coto V computentur pro morbetin vno» (# 38). La diferencia con los apartados anteriores radica en que se deja de lado el miscal sustituido por el sueldo de tal manera que un maravedí se equipara a cinco sueldos. Con ello se nos dice que estamos ante un maravedí alfonsí que vale sesenta dineros evitando confusiones con un maravedí chico cuyo equivalente en vellón serían tres sueldos o 36 dineros y también en seis sueldos o 72 medios dineros, a quienes según el momento y la costumbre de cada lugar se les denominaba meajas, óbolos o pepiones.

III. FUEROS DEL SIGLO XIII. CONECTANDO LOS SISTEMAS MONETARIOS

III.A. Uclés

Tras la toma de Toledo en 1085, numerosas villas y ciudades del valle del Tajo siguieron su destino y pasaron a manos cristianas. La derrota sufrida en 1108 por el ejército castellanoleonés ante los muros de Uclés dejó en nada el esfuerzo anterior y las tierras recién adquiridas retornaron a los musulmanes. Uclés no volvió a quedar bajo la órbita castellanoleonés hasta 1157 cuando Alfonso VII la intercambió con Ibn Mardanish quien recibió a cambio Alicum, en las cercanías de Baza. Apenas fueron seis años bajo dominio real pues en 1163 se cedió a la Orden de San Juan que no supo sacar provecho de esta donación lo que llevó a Alfonso VIII a recuperarla para traspasarla inmediatamente a la Orden de Santiago. Los sanjuanistas recibieron una mínima compensación con la donación de la aldea de Espinosa (de Villagonzalo), en el alfoz de Avia (Abia de las Torres) en la actual provincia de Palencia⁴³. Los santiaguistas sí supieron aprovechar la ocasión e hicieron de la villa la cabeza de la Orden en Castilla⁴⁴.

⁴³ GONZÁLEZ, J., *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*, docs. 194 y 195.

⁴⁴ *Historia de rebus Hispaniae* VII, XXVII: «In Vclesio statuit caput ordinis et opus eorum ensis defensionis... Ripam Tagi repleuit habitatoribus et incolis defensionis saltus Ocanie. Optulit Excelso terram illam et milicia sancti Iacobi dedicauit eam. Rupes Aurelie iniuit ei et presidium More subiecit illi...» (JIMÉNEZ DE RADA, R., *Historia de rebvs Hispanie sive historia gothica*, J. FERNÁNDEZ VALVERDE (ed.), Brepols, Turnhout, 1987).

La evolución del espacio conquense está resumida en GONZÁLEZ, J., «Repoblación de las tierras de Cuenca», *Anuario de Estudios medievales*, 12, 1982, págs. 183-204 y ESPOILLE, M.^a E., «Repoblación de la tierra de Cuenca, siglos XII a XVI», *Anuario de Estudios medievales*, 12, 1982, págs. 205-240.

Conocemos dos interesantes fueros concedidos a esta villa con-
quense⁴⁵. El primero de ellos, el conocido como fuero latino, es un
breve texto de 35 preceptos redactado en 1179 y presenta notables
similitudes con los otorgados a las cercanas localidades de Belinchón
(1170) y Zorita (1180). Por su parte, el fuero romanceado es un texto
semiextenso del que se conservan 218 artículos que constituyen un
resumen de la vida judicial y legislativa de la villa desde su pase a
manos cristianas hasta mediados del siglo XIII en que fueron puestos
por escrito.

El fuero latino es conocido a partir de dos copias del siglo XIII⁴⁶,
que presentan algunas pequeñas diferencias en su redacción, aunque
para nuestro caso la única interesante es la forma de expresar la calo-
ña del homicidio en uno de sus preceptos (# 3):

Versión B: «Qui hominem occiderit
de CCC solidos pectet octavum ad
palacium».

Versión C: «Qui hominem occiderit
de en omezilio IIII morabetinos e
medio at palatium».

La versión B recoge la pena tradicional para el homicidio con su
correspondiente reducción y coincide en todos los pormenores de su
redacción con los fueros hermanos de Belinchón y Zorita⁴⁷. La otra
versión ofrece una cantidad en principio discordante. Según la ver-
sión B el pago, una vez efectuado el cálculo correspondiente, equival-
dría a 37 ½ sueldos que, si los transformamos en moneda de oro con-
forme a los tipos de cambio de 1179, harían 7 ½ maravedís, si estos
fueran alfonsís, y 12 ½ maravedís, si pensamos en chicos. En ningún
caso coinciden con lo expresado en la versión C. Podríamos pensar
entonces en un posible fallo en la transcripción de la copia, lo que
no es ni mucho menos descabellado. Efectivamente, basta en pensar
en una lectura incorrecta de «XII morabetinos e medio» que se ha
perpetuado hasta ahora en «IIII morabetinos e medio». Una simple

⁴⁵ La hipótesis de un texto creado durante la etapa de realengo de la villa, ante-
rior a 1163, ha sido propugnado en los últimos años siguiendo criterios filológicos
por GROSS, G., «El fuero de Uclés, documento de mediados del siglo XII», *Boletín de
la Real Academia de la Historia*, 188, 1991, págs. 105-180.

⁴⁶ La versión (B) se conserva en el Archivo Histórico Nacional, Cód. 1046 B.
Tumbo menor de Castilla, lib. II, c. 22, págs. 154-160 y la versión (C) en la Bibli-
oteca Nacional, Ms. 17855, fols. 30r-33v. Ambas han sido transcritas por RIVERA
GARRETAS, M.^a M., *La Encomienda, el priorato y la villa de Uclés en la Edad Media
(1174-1310). Formación de un señorío de la Orden de Santiago*, CSIC, Madrid-Bar-
celona, 1985, doc. 7.

⁴⁷ BELINCHÓN (1171) 3: «Qui hominem occiderit de CCCtos morabotinos octa-
uum pectet ad palatio» (RIVERA RECIO, J. F., ob. cit., págs. 62-66), ZORITA (1180) 3:
«Qui matare hombre de trecientos sueldos pechen el ochavo a palacio».

corrección en la inclinación de dos trazos nos lleva directamente a la solución adecuada⁴⁸.

En el fuero romanceado de Uclés sí disponemos de una disposición de estricto contenido monetario: «Calumpnia de morabetino, de III mencales seiāt; et de calumpnia de V solidos⁴⁹, II mencales e medio» (# 151)⁵⁰. De aquí deducía Beltrán un maravedí de 6 sueldos y 72 dineros y afirmaba por ello que los dineros del septenio de Alfonso VIII, que va de 1179 a 1185, tenían una talla de 54 sueldos en el marco, exactamente igual que las monedas de Barcelona y de Vich de 1174⁵¹. No obstante, la fecha del fuero de Santa María de Cortes (1182, marzo) donde el maravedí aparece valorado en cinco sueldos invalidaría su deducción.

Si releemos este artículo desde otro punto de vista el panorama es bien distinto. El redactor del artículo se refiere en su primera equivalencia al sistema monetario del momento como ocurre en los apartados anteriores, pero a continuación pasa a conectar los numerarios de dos épocas distintas. Los preceptos penales del fuero romanceado recogían un derecho que venía aplicándose desde hacía tiempo con el beneplácito del rey, primero, y de los sanjuanistas y santiaguistas después. En un momento estos otorgaron un nuevo texto donde se recogía este derecho penal. Comoquiera que entretanto había cambiado el sistema monetario, la Orden de Santiago introdujo un nuevo precepto para salvaguardar sus intereses.

La expresión «Calupnia de morabetino, III mencales» no presenta ninguna dificultad y nos identifica al maravedí chico como la moneda de oro utilizada como referente en los pagos de las multas judiciales. Como el maravedí chico no había sufrido cambios ni en el peso ni en la ley no se hacía necesario introducir ninguna otra aclaración.

Muy diferente es el panorama cuando la caloña estaba cuantificada en moneda de vellón, que había sufrido cambios significativos en 1187 y la continuación del artículo: «calumpnia de V solidos, II

⁴⁸ Por casualidad nos encontramos que la hipótesis alternativa también puede considerarse correcta ya que si cambiamos la inclinación de los trazos de VII resulta IIII. No solo eso, podemos comprobar como 7 ½ maravedís alfonsís valen exactamente 12 ½ maravedís chicos. Sin embargo, hemos preferido la solución de los maravedís chicos como explicaremos en los párrafos inmediatos.

⁴⁹ Se dice «calumpnia de V sueldos» porque en las ocasiones en las que se utilizan esta moneda de cuenta para evaluar las multas judiciales los importes son siempre múltiplos de cinco –cinco (## 123, 126, 141, 147, 156a), sesenta (# 156), trescientos (# 7) y ochocientos (# 7)–.

⁵⁰ RIVERA GARRETAS, M.^a Milagros, *La Encomienda...*, doc. 236.

⁵¹ BELTRÁN VILLAGRASA, Pío, ob. cit., pág. 654.

mencales et medio», nos ilustra acerca de cómo debemos valorar la antigua moneda de vellón. Los santiaguistas conocen perfectamente la devaluación que ha sufrido y en tanto que perceptores de una parte de estas caloñas no están dispuestos a perder nada. Para evitar cualquier menoscabo no hay otra solución que relacionar la antigua moneda de vellón con el oro que es el elemento más estable, por no decir el único, de cualquier sistema monetario de la Edad Media.

Esta segunda igualdad nos valora los cinco sueldos «viejos» en dos mencales y medio «nuevos». Luego, conforme a la primera parte del precepto, el maravedí chico constaría de seis sueldos «viejos» y esto no concuerda con lo que sabemos y está reflejado en el cuadro de referencia ya que ahí se señala que el maravedí chico se compone de tres sueldos «viejos». Esta aparente contradicción se resuelve si interpretamos que estos sueldos «viejos» se componían de medios dineros o pepones⁵². Se puede comprobar esta aseveración reduciendo todo a plata conforme a las cifras apuntadas en el cuadro:

$$2 \frac{1}{2} \text{ mencales} = 2 \frac{1}{2} \cdot 0,768 \text{ g de oro} = 1,92 \text{ g de oro} = 12,8 \text{ g de plata}$$

Si distribuimos estos 12,8 g de plata entre sesenta piezas de vellón nos da una cantidad de plata para cada una de ellas de 0,213 g que es la mitad del contenido de metal precioso del dinero anterior a 1187. Gracias a esta equivalencia se mantiene el valor real de todas las penas pecuniarias no existiendo pérdida para la Orden de Santiago y demás perceptores. Sin esta cláusula todas las caloñas valoradas en sueldos se habrían reducido ya que los cinco sueldos compuestos de pepones posteriores a 1187 y 1217 tienen un contenido en plata inferior, como refleja el cuadro.

⁵² La primera alusión a los mismos se hace de forma implícita, como ocurre en los ejemplos que estudiamos, en el fuero de Mojados de 1176 donde la infurción que vienen obligados a pagar los aldeanos al obispo de Segovia se compone de varias entregas en especie y en dinero: «vnaquau domo duos denarios» (# 5). En 1293 se confirma este fuero identificándose la moneda: «La segunda cosa es quel dauan de cada casa por enfurción vna emina de çeuada et vna cantara de vino et quatro panes et dos dineros pipiones» (# 2) y un poco más adelante cuando se detalla cómo han de cumplimentarse estas prestaciones encontramos que todo lo anterior se ha reconvertido en moneda de finales del siglo XIII: «Otrosi, porque sopiemos que en tienpo de todos nuestros antecesores dieron por enfurción de cada casa vna emina de çeuada et vna cantara de vino et por los quatro panes et dos pipiones tres sueldos de la moneda de la guerra, mandamos que lo den así commo sobredicho es» (# 2) (MARTÍNEZ DÍEZ, G., «Los fueros inéditos de Mojados», en *Estudios en homenaje a don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, vol. 2, Ávila-Buenos Aires, Fundación Sánchez Albornoz – Instituto de Historia de España, 1983, págs. 453-467).

< 1187	5 sueldos = 60 pepiones = $60 \cdot 0,213 = 12,8$ g de plata
1187-1217	5 sueldos = 60 pepiones = $60 \cdot 0,189 = 11,34$ g de plata
> 1217	5 sueldos = 60 pepiones = $60 \cdot 0,126 = 7,58$ g de plata

El fuero romanceado de Uclés debería fecharse con posterioridad a 1187, más probablemente después de 1217 cuando el menoscabo era tal que se hacía acuciante alguna medida tendente a minimizarlo. No se puede precisar más ya que tanto el maravedí chico como el mencial ponderal siguieron operando bajo los mismos parámetros durante varias décadas.

III.B. Guadalajara

El derecho arriacense consta de un primer fuero breve otorgado por Alfonso VII⁵³ en 1133 que tal y como ha llegado a nosotros presenta numerosas trazas de haber sido retocado en dos momentos posteriores, el segundo de ellos en tiempos de Fernando III⁵⁴. Este último monarca también confirma un segundo texto –«hanc cartam subscriptorum fororum concilio de Godalfajara»⁵⁵– presentado por el concejo siguiendo el ofrecimiento hecho en 1212 por Alfonso VIII tras la victoria de Las Navas y que había quedado sin desarrollar tras la temprana muerte del rey y los convulsos años posteriores correspondientes al reinado de Enrique I y comienzo del de Fernando III. Este fuero tiene fecha de 1219 (mayo, 26) y no presenta ninguna anomalía que permita dudar de una elaboración en tal fecha⁵⁶ y en este sentido no discrepa la equivalencia monetaria allí presente: «Estos maravedis de las calonnas sean de tres menciales...» (# 91) haciendo del maravedí chico la moneda de oro con la que evaluar las caloñas judiciales, tal y como ocurría en Uclés.

Una segunda equivalencia monetaria puede extraerse del derecho de la villa, aunque para ello hay que relacionar ambos fueros, al modo que ya hicimos anteriormente con las dos versiones del fuero latino de Uclés. Con mucho cuidado, eso sí, al proceder de dos épocas con monedas muy diferentes. Los dos preceptos implicados son los siguientes:

⁵³ MARTÍN PRIETO, P., ob. cit., págs. 189-192.

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 146-156.

⁵⁵ *Ibidem*, págs. 193-213.

⁵⁶ *Ibidem*, págs. 156-160.

GUADALAJARA (1133, 6.a): «De calonnas, et de llagas, siquier de homiçidio, qui voz levare ante el juez o antel merino que fuere, peche al Rey la septima parte...».

GUADALAJARA (1219, 87): «A tod ome que demandaren fiadores delante alcaldes et jurados, que viba en paz et que non sea trabieso delos; et sy no los diere, vaya por albarran, et qui lo matare no ixca enemigo ni peche nada, syno el omezillo viejo: trenta et dos maravedis».

Según el fuero semiextenso se autoriza al ejercicio de la violencia privada pero encauzada a través de la justicia local. Se permite así la muerte de una persona que ni siquiera ha cometido un delito concreto, pero de su actuación en un momento determinado se intuye que la realización del ilícito es inminente. Se trata de evitar un peligro futuro y el caso concreto que se plantea es la negativa de un vecino a garantizar a otro que no le causará un grave daño personal. Esta negativa conlleva su expulsión de la comunidad quedando marcado no solo como rebelde y contumaz sino además como «albarrán» o forastero. Esta modificación de su estatus personal le deja desprotegido hasta el punto de que, si no se marcha o si regresa, su adversario puede eliminarlo. Un hecho tan contundente solo le hace acreedor a una penalidad muy reducida. Estamos ante el denominado «omezillo viejo» evaluado en 32 maravedís o 32 mencales, según el manuscrito que utilizamos⁵⁷, evitando de esta manera la gran multa de 300 maravedís asociada al procedimiento de desafío (# 67). Este «omezillo viejo» vemos por otra parte que estaba cuantificado originalmente desde 1133 en una séptima parte de los trescientos sueldos usuales⁵⁸.

Si hacemos los correspondientes cálculos vemos como las cantidades establecidas en ambos fueros acaban coincidiendo nominalmente. En 1133 un séptimo de 300 sueldos equivalía a $42 \frac{5}{6}$ sueldos o $10 \frac{5}{7}$ maravedís, contándose por entonces los maravedís a cuatro sueldos. Por otro lado, en 1219, 32 mencales equivalen a $10 \frac{2}{3}$ maravedís, a razón de 3 mencales por maravedí chico. Como vemos por estas cifras tan similares se mantiene la ficción de un pago constante a lo largo del tiempo que cuantificado en oro consiste aproximadamente a $10 \frac{2}{3}$ unidades monetarias, pero en la realidad el importe

⁵⁷ De los tres manuscritos conservados los conservados en el Archivo Histórico Nacional y en la Biblioteca de la Universidad de Cornell contienen el término maravedís, mientras el manuscrito E de la Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial opta por mencales. Se intuyen problemas en la lectura de la abreviatura por parte de los copistas.

⁵⁸ En el fondo estamos ante el mismo supuesto que en el fuero latino de Uclés.

de la caloña se ha reducido sustancialmente en términos del metal precioso contenido en las monedas que se utilizan para el pago. Los maravedís de 1133 contenían 3,84 g de oro por unidad, mientras los maravedís chicos de habitual circulación en 1219 solo tenían 2,313 g.

La impresión que se tiene entonces es que o bien los rectores de Guadalajara no fueron tan hábiles como los de Uclés a la hora de cuadrar los cambios monetarios o bien hubo una decisión consciente de reducir las caloñas lo que dejaba mayor patrimonio al infractor y consiguientemente un margen de maniobra superior para que en los delitos de especial relevancia y penalidad importante las partes se pusieran de acuerdo en el pago de una indemnización privada.

III.C. Cuenca

El *Forum Conche* supone el momento culminante del derecho local castellanoleonés, pero también el reconocimiento de su propia debilidad para frenar el ímpetu unificador que se imponía en la corte del rey. Sus cerca de 1.000 preceptos aúnan el derecho tradicional elaborado por las instituciones concejiles a partir de la labor práctica del día a día del gobierno y de la justicia local con el derecho común, extraño al lugar y fruto del trabajo intelectual de quienes han estudiado en las florecientes universidades que aparecen por toda Europa. La creciente importancia de este derecho en el tribunal de la corte del rey afecta de lleno a muchos delitos de especial gravedad que van a morir en esta última instancia lo que lleva a los propios concejos a irse adaptando a esta nueva jurisprudencia y praxis.

Este *Forum Conche* nos ha llegado a través de una versión elaborada en 1250 como nos dice el propio texto al relacionar los jueces que se han sucedido en la villa: «Aluar Perez, quando fizieron hyunta todos los concejos de Estremadura en Sepuluega, se acabó este libro, .Lxxiiij.»⁵⁹. No es la única versión sino la última, aquella que posiblemente se llevó ante los otros concejos para utilizarla como freno a las injerencias regias⁶⁰. Con anterioridad a ella circularon otras versiones parecidas que se utilizaron en las recientes conquistas que se habían producido en las actuales provincias de Albacete y Jaén, y en las posesiones sanjuanistas de la encomienda de Consuegra.

⁵⁹ UREÑA Y SMENJAUD, R. DE, *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf)*. Edición crítica con introducción, notas y apéndice, Academia de la Historia, Madrid, 1935, pág. 855.

⁶⁰ OLIVA MANSO, G., *Las Leyes del Estilo, Edición y estudio de...*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 12.

El *Forum Conche* bebió de numerosas fuentes y así se refleja en la existencia de dos equivalencias monetarias discrepantes entre sí por cuanto cada una pertenece a un momento diferente. La primera de ellos nos lleva a un momento anterior a 1187 con un maravedí valorado en 3 ½ mencales que nos traslada inmediatamente hasta Zorita de los Canes y Medinaceli con idénticas citas también centradas en el aspecto penal. El literal del precepto dice: «Quicumque aureos pro calumpnia soluere habuerit, pectet eos secundum computationem trium mencallorum et dimidij» (# 14,42) y está incluido dentro del capítulo que regula minuciosamente todos los aspectos procesales y penales del homicidio.

Procedería esta equivalencia del estadio legislativo más primario de la villa con la concesión de la correspondiente carta de población en 1177 que contenía los privilegios y franquezas para atraer pobladores a la vez que se establecían las normas básicas procedimentales y la penalidad de los delitos más relevantes como era el homicidio. Si este proceso se hizo *ex novo* o se aplicó un derecho ya arraigado en la zona queda por el momento en la pura especulación, aunque hay razones para pensar en un anterior fuero de Huete que sirvió de referente a otras poblaciones que se iban poblando y organizando por toda la zona⁶¹. Huete era la principal localidad de la zona llegando a soportar un renombrado asedio en el verano de 1172 por parte de las fuerzas almohades; sin embargo, tras la conquista de Cuenca, perdió buena parte de su importancia viéndose obligada incluso a ceder una significativa porción de su alfoz en su beneficio. Su fuero se utilizaba en localidades cercanas como Alhóndiga y Belinchón estableciéndose en sus respectivos fueros de 1170 y 1198 que en determinadas cuestiones penales la cuantía de las caloñas a pagar debía abonarse conforme al fuero de Huete⁶². Más aún, en Alhóndiga (# 33) el fuero de Huete se constituyó en el derecho a aplicar en toda cuestión no regulada en el

⁶¹ Décadas después ya avanzado el siglo XIV cuando Huete renovó su fuero se volvió hacia el modelo conuense como versión canónica del derecho de la zona, mucho mejor que la suya propia ya anticuada y conservó las dos citas monetarias (## 280, 344) (MARTÍN PALMA, M.^a T., *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 1984).

⁶² ALHÓNDIGA # 3: «Quisquis furaverit per diem et ibi captus fuerit, pectet I morabeti et duplet furtum, et si furaverit per noctem pectet forum Dopte». ALHÓNDIGA # 6: «Quisquis occiderit hominem sine disfidamiento vel rapuerit mulierem aut filiam vicini sui, pectet forum Dopte». ALHÓNDIGA # 7: «Quisquis exhereditaverit aliquem, sit forum Dopte» (PAREJA SERRADA, A., ob. cit., págs. 131-138). BELINCHÓN: «Quicumque habuerit contentionem vel rixam cum aliquo vicino suo, stet iudicio Alcaldium loci; vel si appellaverit ad nos vel ad Capitulum Toletanum vice nostra, pro quacumque calumpnia fuerit iudicandus pectandi aliquid, pectet secundum forum de Huepte; et ista calumpnia pártanla assí como la parten en Hopte».

propio fuero de la villa: «Omnis que non fuerint in hac carta ad iudicandum sint ad forum Dopte».

La inclusión de este precepto sirve para recalcar en el momento de redacción de cualquiera de las versiones extensas del *Forum Conche* que, aunque en ese preciso instante, ya entrado el siglo XIII, está en plena vigencia el maravedí alfonsí nuevo (B), la valoración que se ha de hacer del maravedí al juzgar un caso por homicidio ha de ser la establecida con anterioridad a 1187. La caloña no sufre, por tanto, ninguna reducción, aunque para adaptarse mejor a los tiempos el redactor podía haber usado la equivalencia más moderna y haber informado que el maravedí equivalía a cinco mencales.

La segunda equivalencia es mucho más moderna y nos lleva con posterioridad a 1223 una vez comenzó la acuñación de los maravedís alfonsís nuevos (B): «Almoneta que iudice absente facta fuerit, non ualeat. Quicumque peccuniam almonete soluere debuerit, soluat eam secundum computacionem quatuor menkallorum pro aureo» (# 30,61). A diferencia del caso anterior no hay que respetar una valoración tradicional, ya que la valoración está circunscrita a un hecho económico como es la compra de los bienes subastados tras una expedición militar que pueden abonarse en cualquier moneda de oro o de vellón, pero han de valorarse según la moneda del momento.

III.D. Andaluz

Una vez afianzado, en torno a 1060, el dominio castellano en las tierras de Aguilera, Berlanga, Gormaz y Vadorrey se hacía necesario repoblar la inmediata comarca de la ribera norte del Duero para lo cual se escogió Andaluz como cabeza del proceso⁶³. Sin embargo, la más antigua referencia legal se demora hasta 1089 en que fue otorgado fuero a la villa por Gonzalo Núñez de Lara en el que reconocía la existencia de un derecho precedente que había de respetarse —«Todos estos fueros quantos son en la carta e quantos fueros buenos pudieron fallar demas, yo conde Gonzalo Nunnez los otorgo e los do e los confirmo»⁶⁴—. La traducción romance de este texto sirvió de base para

⁶³ MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Las comunidades de villa y tierra de la Extremadura castellana: estudio histórico-geográfico*, Editora Nacional, Madrid, 1983, págs. 131-132.

⁶⁴ ROJO ORCAJO, T., «Un fuero desconocido: el fuero otorgado a Andaluz», *Universidad*, 2, 1925, págs. 785-797; y LAFUENTE ÁLVAREZ, M., «La villa de andaluz, su iglesia románica y su fuero», *Celtiberia*, 42, 1971, págs. 191-210. Dos nuevas transcripciones, una paleográfica y otra crítica, junto con un breve análisis lingüístico, ha sido realizado por MENDOZA CERCADILLO, I., *Los Fueros de Andaluz: Transcripción y estudio*

una completa reelaboración y ampliación del derecho local basada en un texto muy similar al *Forum Conche*, y que por el tipo de letra francesa utilizado se ha fechado en el siglo XIII. Este texto cuenta con la existencia de la cita siguiente: «et el morabedi de calonna es IIII menkales»⁶⁵. El tipo de letra y la moneda coinciden llevándonos con posterioridad a 1223 tras la puesta en circulación del maravedí alfonsí nuevo (B)⁶⁶. Andalúz recogería entonces el derecho conquense adaptando la penalidad al sistema monetario del momento.

III.E. Brihuega

Brihuega entra en la órbita castellana tras la conquista de Toledo en 1085 por Alfonso VI y apenas un año después ya había pasado a formar parte del patrimonio de la catedral de Toledo del que no habría de salir durante toda la Edad Media. No se conoce nada del ordenamiento legal de la villa durante todo el siglo XII, aunque indudablemente una localidad de su importancia hubo de tener un fuero propio de cierta entidad. Quizás fuera el mismo que se concedió en 1233 a la cercana población de Archilla, auspiciado por el arzobispo Rodrigo Jiménez de Rada: «E en calonnas e en las otras cosas dámosles el fuero de Briuega; e dámosles alcaldes que les libren sos yuyzios, que los pongamos cad anno; e el que non se pagare de so yuyzio, puédesse echar al fuero de Briuega, o a nos, qual mas quisiere»⁶⁷.

El primer texto briocense conocido consta de dieciséis normas y está escrito en latín. Carece de fecha, pero el estudio de su redacción, contenido y fórmulas diplomáticas no deja duda de que es contemporáneo, más probablemente simultáneo, de un texto similar concedido a San Justo en 1223⁶⁸. El fuero romanceado, por su parte, alcanza ya la respetable cifra de 329 preceptos y fue otorgado también por Ro-

fonético-fonológico de la F- inicial latina y de la apócope extrema, trabajo fin de grado, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2022.

⁶⁵ Lafuente lee en cambio «et el morabedi de calonna es III menkales».

⁶⁶ OLIVA MANSO, G., «Enigmas monetarios...», págs. 332-336.

⁶⁷ LUÑO PEÑA, E., *Legislación foral de Don Rodrigo Jiménez de Rada*, Tipografía La Académica, Zaragoza, 1927, doc. 8.

⁶⁸ Este fuero carece de fecha, habiendo sido datado por Fita («El fuero de Brihuega», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 19, 1891, págs. 123-130) entre el 9 de agosto de 1221 y el 15 de abril de 1229 tras estudiar los confirmantes del documento y los períodos que ejercieron sus cargos eclesiásticos llegó a esta primera aproximación. Más recientemente Sáez («Los fueros breves de Alcalá y su Tierra. Ensayo diplomático informático», *Anales Complutenses*, 3, 1991, pág. 130) ha estudiado sus semejanzas con otros acuerdos entre el arzobispado de Toledo y las villas de su señorío en 1223: San Justo (marzo, 3), Alcalá de Henares (marzo, 3 y enero, 24) y Talamanca (enero, 24). La identidad casi total con el texto de San Justo incluidas pequeñas diferencias comunes

drigo Jiménez de Rada. De fecha desconocida supondría la segunda versión de un fuero, tras la concedida a Archilla, tal y como reconocía Fita⁶⁹. Esta redacción definitiva se elaboraría con posterioridad al 29 de junio de 1237 en que se produjo el fallecimiento de Martín Ximénez, arcediano de Madrid, e inmediato predecesor de Diego Zapata que suscribe el texto⁷⁰. Fita precisaba un poco más esta fecha y especulaba con julio de 1239 como momento exacto de la confirmación del fuero aprovechando su estancia en la villa. En este momento se añadió el prólogo que recogía el traspaso de la jurisdicción de las seis villas cedidas previamente por Fernando III a cambio de un censo de cuatrocientos maravedís y que tuvo lugar un año antes.

Finalizando el capitulado de este fuero romanceado surgen dos referencias monetarias que señalan cómo han de contabilizarse las caloñas.

Brihuega 322: «Todo sueldo de calonna, sea xij pepiones».

Brihuega 323: «Todo morauedi de calonna, sea xv soldos de pepiones».

El primer precepto nos indica que los sueldos de las caloñas han de entenderse como formados de medios dineros o pepiones y no de dineros burgaleses, circulantes también por entonces. No hay cambio ninguno y las caloñas se mantienen nominalmente iguales, aunque esto signifique asumir una sensible reducción de la penalidad aplicable en la localidad, ya que los sueldos «viejos» transformados en su equivalente en pepiones «nuevos» sufren una pérdida de valor constante, con independencia de los períodos que los relacionemos.

< 1187	1 sueldo = 12 pepiones = $12 \cdot 0,213 = 2,556$ g de plata
1187-1217	1 sueldo = 12 pepiones = $12 \cdot 0,189 = 2,268$ g de plata
> 1217	1 sueldo = 12 pepiones = $12 \cdot 0,126 = 1,512$ g de plata

que los separan de los otros dos textos y las coincidencias en las listas de confirmantes le han llevado a sostener una redacción simultánea de ambos.

⁶⁹ «Ni hay que pensar que este Fuero, de seguro posterior al 29 de junio de 1237, se crease ó formulase totalmente de nuevo. En la carta foral de Archilla que publiqué, y que en 15 de Octubre de 1233, otorgó D. Rodrigo, dice este expresamente “en calonnas é en las otras cosas, dámosles el fuero de Brihuega”; y asimismo la carta foral de la misma villas y aldeas antiguas de Brihuega, concedido por el Arzobispo un decenio antes, ó hacia el año 1223, se expresa en iguales términos: “In omnibus aliis causis vivant secundum forum suum; et nos habeamus redditus nostros et alia jura, secundum quod hactenus habuimus» (FITA, F, ob. cit., pág. 128).

⁷⁰ Fechas muy cercanas son las sostenidas también por García López que postula la de 1242, posiblemente antes (*El fuero de Brihuega*, Imprenta de Manuel G. Hernández, Madrid, 1887, pág. 193) y Pareja Serrada entre 1240 y 1242) en base a los firmantes del documento (*Diplomática arriacense...*, pág. 267).

Para que la cantidad original de plata a percibir por las autoridades permaneciese invariable el precepto 322 debería haber sido corregido de esta forma: «Todo sueldo de calonna, sea xx pepiones e un quarto» o bien: «Todo sueldo de calonna, sea xiii e medio pepiones», en función de que los preceptos originales fueran anteriores o posteriores a 1187. Sin embargo, el respeto absoluto a las cantidades establecidas inicialmente y a los tipos de cambio impiden este tipo de precisiones.

La segunda equivalencia nos indica que en todo precepto donde aparezca una caloña establecida en maravedís «viejos», estos pueden pagarse en vellón utilizando para ello los pepiones «nuevos» que deben contarse a razón de quince sueldos el maravedí lo que nos lleva automáticamente a un momentos posterior a 1217. Este precepto se hace necesario porque con anterioridad el maravedí equivalía a diez sueldos de medios dineros por lo que si no se hace esta precisión los infractores intentarían abonar esta cantidad en vez de los quince sueldos que es el nuevo valor. En el cuadro inmediato exponemos en las dos primeras filas la posible situación inicial y en las dos últimas el pago sin corrección o con ella. Dependiendo de si los preceptos originales se hubieran establecido antes o después de 1187 vemos como se mantienen una pérdida de un 12,5% o se logra mantener el valor original en términos de metal precioso.

< 1187		1 maravedí = 120 pepiones = $120 \cdot 0,213 = 25,56$ g de plata
1187-1217		1 maravedí = 120 pepiones = $120 \cdot 0,189 = 22,68$ g de plata
> 1217	Sin Cláusula	1 maravedí = 120 pepiones = $120 \cdot 0,126 = 15,12$ g de plata
	Cláusula	1 maravedí = 180 pepiones = $180 \cdot 0,126 = 22,68$ g de plata

III.F. Alcalá de Henares

Conquistada en 1118 por el arzobispo Bernardo de Sedirac Alcalá quedó adscrita desde entonces a la órbita de la sede toledana. El alejamiento de la frontera a lo largo del siglo XII trajo consigo el progresivo crecimiento del conocido como burgo de San Justo o Santiuste. Su situación en el llano cerca de las vías de comunicación acabó relegando al antiguo castillo árabe de al-Qalat Nahar a un papel secundario⁷¹.

⁷¹ Los primeros años de la villa pueden seguirse en CASTILLO OREJA, M. Á., «Alcalá de Henares, una ciudad medieval en la España cristiana (s. XIII-XV)», *En la Es-*

El derecho alcalaíno medieval está conservado en varios fueros del siglo XIII. Dos de ellos se concedieron en 1223 con apenas un par de meses de diferencia: en enero lo recibieron las aldeas⁷² y después el burgo de Santiuste⁷³. Esta divergencia parece deberse a la reciente re-integración de estas que habían quedado temporalmente bajo control del concejo segoviano desde finales de la década de 1180 hasta 1214 lo que podría haber traído consigo alguna modificación en la relación que les unía a su villa de cabecera. Se trata de dos fueros muy semejantes entre sí y con otros de la Transierra y la Extremadura que se otorgaron a lo largo de ese año, recordemos Brihuega, y que supusieron una clara intromisión en la hasta entonces intocable autonomía concejil⁷⁴.

Nuestro interés se centra sin embargo en el fuero semiextenso otorgado por Rodrigo Jiménez de Rada, lo que nos da una primera fecha situada entre 1210 y 1247, y que al decir del preámbulo latino parece tratarse de una recopilación del derecho local que nació originalmente en un hipotético fuero de 1135 concedido por Raimundo de Sauvetat que fue confirmado por todos sus sucesores⁷⁵. Entremedias queda un amplio intervalo de tiempo en los cuales se fue configurando el derecho alcalaíno a la par que el sistema monetario castellano pasaba por diversas vicisitudes.

Existen en este texto varias noticias de carácter monetario que nos retrotraen a un estadio anterior del derecho penal alcalaíno y que nos indican cómo ha de cuantificarse el pago de las multas judiciales. Son tres las referencias insertadas en el fuero en las que se igualan sueldos «antiguos» con maravedís «nuevos». Las dos primeras aparecen en artículos de carácter particular: el primero de ellos (# 22) señala que aquellos que tomaren prendas sin contar con la presencia de un vecino que actuase como testigos deberían abonar «LX soldos que montan XII moravidís», y un segundo (# 66) castiga de igual manera

paña medieval, 7, 1985, ejemplar dedicado a: *La ciudad hispánica durante los siglos XIII al XVI*, vol. 2, págs. 1059-1062.

⁷² LUÑO PEÑA, E., ob. cit., doc. 4.

⁷³ *Ibidem*, doc. 5.

⁷⁴ MARTÍNEZ LLORENTE, F. J., *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval. Las Comunidades de Villa y Tierra (s. X-XIV)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990, págs. 218-231.

⁷⁵ «Hec est carta quam fecit dominus archiepiscopus don Remondus cum omnibus poblatoribus de Alcalá de suis consuetudinibus. Et postea confirmavit succensor eius, archiepiscopus don Johannes. Deinde archiepiscopus don Celebrunus. Et postea succensor eius, archiepiscopus don Gonzalvo. Et postea succensor eius, archiepiscopus don Martino. Et postea succensor eius, archiepiscopus don Rodrigo Siménez octorgo et confirmo» (TORRENS ÁLVAREZ, M.^a J., *Edición y estudio lingüístico del Fuero de Alcalá (Fuero viejo)*, Fundación Colegio del Rey, Madrid, 2002, pág. 465).

a quienes causaren daños en casas, molinos, cabañas y pajares. Finalmente, un precepto de carácter general (# 130) hace innecesarias estas acotaciones y sanciona todo lo anterior: «De todas las caloñas que son escritas per V soldos, I moravedi peche per los V soldos».

Estamos ante una paridad lineal, cinco sueldos «viejos» deben computarse como un maravedí «nuevo», lo que nos retrotrae a una tradición legal de la segunda mitad del siglo XII cuando sueldos y maravedí tenían esta relación. La presencia de estas cláusulas está justificada por el cambio de sistema monetario en 1217 que valoraba el maravedí de oro en siete sueldos y medio de dineros burgaleses de vellón. Si se respetase el literal de los preceptos que mencionan el pago de caloñas en sueldos habría que entregar 60 dineros por cada cinco sueldos y lo que antes montaba un maravedí de oro ahora habría quedado reducido nominalmente a dos tercios de esta moneda. Se abren entonces dos posibilidades según que los preceptos originales fueran anteriores o posteriores a 1187 con consecuencias semejantes a las ante señaladas para Brihuega.

< 1187		5 sueldos = 60 dineros = $60 \cdot 0,427 = 25,62$ g de plata
1187-1217		5 sueldos = 60 dineros = $60 \cdot 0,379 = 22,74$ g de plata
> 1217	Sin Cláusula	5 sueldos = 60 dineros = $60 \cdot 0,253 = 15,18$ g de plata
	Cláusula	7 ½ sueldos = 90 dineros = $90 \cdot 0,253 = 22,77$ g de plata

Una segunda equivalencia presente en dos preceptos relaciona el mencial con el dinero. El primer precepto (# 144) establece el valor de las indemnizaciones que deben abonar los asalariados que no cumplen con los compromisos contraídos: «por estas cuartas de mencial, IX dineros... peche por cada obra I mental, e el mencial a XXXVI dineros». El segundo (# 203) regula los precios que deben cobrar los tejedores por la realización de diversas labores: «e el mencial a III soldos», de donde también se deduce inmediatamente que el sueldo equivale a doce dineros. Observamos que nos hemos desplazado desde el ámbito judicial al económico, es decir, desde el ámbito público al privado y la rigidez no puede ser la misma. La economía es una actividad más cercana al día a día de la sociedad que la justicia. Compraventas, alquileres, pago por servicios... son negocios que una persona realiza, unos u otros, en numerosas ocasiones a lo largo del año, pero el pago de caloñas es una posibilidad que se presenta ocasionalmente.

Conforme a los preceptos anteriores el miscal «viejo» equivale a tres sueldos o treinta y seis dineros «nuevos», que de acuerdo con los preceptos ya estudiados se trataría de dineros burgaleses, no de medios dineros o pepiones; y al igual que antes podemos representar gráficamente la situación en este cuadro:

< 1187		1 miscal = 1,092 g de oro = 7,28 g de plata = 17 dineros
1187-1217		1 miscal = 0,768 g de oro = 5,2 g de plata = 13 ½ dineros
> 1217	Sin cláusula	1 miscal = 0,768 g de oro = 5,2 g de plata = 20 ½ dineros
	Cláusula	1 miscal = 36 dineros = 9,108 g de plata

En esta ocasión las cifras finales son superiores a todas las anteriores. Pretender que los tejedores acepten un miscal «nuevo» por un miscal «viejo» les supone aceptar una reducción en el precio de sus servicios de un 40% en metal precioso, aunque nominalmente estén ganando 3 ½ dineros. Propuesta inasumible para un particular que se dedica a estas actividades y que vería reducido sus ingresos de forma unilateral por las autoridades. No incluir las cláusulas significaría que la conflictividad social estaría asegurada, máxime estando involucrado un gremio tan potente como el de los tejedores.

Visto lo anterior podemos afirmar que el derecho penal alcalaíno ya había alcanzado un grado de desarrollo importante en la segunda mitad del reinado de Alfonso VIII. Ninguna afirmación podemos hacer en cambio sobre la fecha de redacción del fuero que debe ajustarse en base a otros parámetros no monetarios. Si antes de nuestro análisis el intervalo abarcaba desde 1210 a 1247 ahora podemos reducir un poco su duración al fijar el término *a quo* en 1217. Por otro lado, el estudio paleográfico y diplomático llevado a cabo por Caballero⁷⁶ establece una fecha de redacción entre 1232 y 1242 que se puede ajustar aún más si se tiene en cuenta que entre los confirmantes se encuentra Diego Zapata, arcediano de Madrid, del que ya se ha visto que tomaría posesión de su cargo con posterioridad al 29 de junio de 1237; constatándose asimismo que de los trece confirmantes nueve de ellos también se hallan suscribiendo el fuero de Brihuega. Nos vamos por tanto al intervalo 1237-1242 a un momento en que el arzobispo Rodrigo Jiménez de Rada trataba de normalizar las relaciones entre el

⁷⁶ SÁEZ, C., CABALLERO, A. y TORRENS, M.^a J., *Fuero de Alcalá de Henares*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1992, págs. 29-54.

arzobispado de Toledo y las villas de su señorío⁷⁷. Por estas mismas fechas también vieron la luz el fuero de Brihuega y, probablemente, el de Fuentes de la Alcarria. Todos ellos con relevantes coincidencias en su articulado por lo que no sería aventurado pensar en una política fomentada por el arzobispado de homogeneizar en lo posible el derecho de sus villas.

IV. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos podido comprobar como de manera indirecta bajo el articulado de varios fueros castellanos fechados en el último cuarto del siglo XII y primera mitad del XIII subyace un derecho antiguo que debe respetarse aún cuando fuese evidente la distorsión entre el derecho aplicado y la realidad del momento. Las caloñas antaño cuantificadas no podían rectificarse bajo ningún concepto como tampoco podían relacionarse las monedas de manera discrecional sin tener en cuenta los tipos de cambio utilizados en el sistema monetario pasado o presente. Por otro lado, de no intervenir, el resultado inmediato era una pérdida apreciable de los recursos del señor, y también del concejo, que tenían en las multas judiciales una de sus principales fuentes de ingresos. Ante la tesitura de asumir un quebranto en sus ingresos optaron por introducir preceptos específicos que relacionasen los sistemas monetarios pretéritos con el sistema vigente en el momento de la redacción del fuero. Unas veces fue posible lograr un encaje perfecto entre ellos y evitar las pérdidas, pero en otras hubo que asumirlas. El problema se perpetuó y aún se agravó a medida que pasaban los siglos y al final hubo que afrontarlo, dejar de lado el derecho antiguo y establecer una conversión directa. Fuentes de la Alcarria recibió un fuero muy semejante al de Brihuega por el arzobispo toledano Gonzalo García Gudiel, que ejerció su ministerio entre 1280 y 1299, y a pesar del tiempo transcurrido y de las implicaciones en el sistema monetario de las convulsas políticas monetarias de Alfonso X siguió conservando aún las cláusulas monetarias ya vistas: «Todo sueldo de calonna sea XII pepiones, et todo morauedi

⁷⁷ Quizás existiera incluso una tercera redacción intermedia elaborada poco después de 1217 al recoger los concejos extremaduranos la propuesta de Alfonso VIII, como ya formuló Pérez Bustamante («Pervivencia y reforma de los derechos locales en la época moderna. Un supuesto singular: El Fuero de Alcalá de Henares de 1509», *En la España Medieval*, 9, 1986, pág. 748): «En su precisión constitutiva el término *post-quem* será marcado por la recuperación de las aldeas del Alfoz -1214- y la concesión de estos fueros de Santiuste y Aldeas -1223-, y la fecha *ante-quem* viene marcada por la concesión del Fuero de Brihuega, cuya conexión genética es significativa según Hayward Keniston».

de calonna sean XV sueldos de [XII] pepiones» (# 215)⁷⁸. Sin embargo dos siglos después no existía modo alguno de calcular con precisión las caloñas a imponer por lo que en 1493 al obtenerse autorización para añadir a continuación del fuero ciertas aclaraciones y añadidos una de las razones aludidas era «para tasar los mencales et meajas et otras monedas que estan en el dicho fuero que son obscuras et no corren por el tiempo presente» y conforme a ello se añadió la denominada «tassa de las monedas»: «Íten en quanto toca a las monedas que estan en el fuero asentadas que son del tiempo antiguo que por cada meaja se entienda una blanca vieja et por cada un mental se juzgue tres marauedis et los sueldos a quatro marauedis».

⁷⁸ VÁZQUEZ DE PARGA, L., «Fueros de Fuentes de la Alcarria», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18, 1947, págs. 353-398.

APÉNDICE

Período	Maravedís	Mencales	Sueldos	Dineros
a. 1164 – 1187		1,092 g		0,427 g
	1 alfonsí (3,84 g)	3 ½	5	60
Oro/Plata: 6⅔	1 chico (2,313 g)	2	3	36
1187 – 1217		0,768 g		0,379 g
	1 alfonsí (3,84 g)	5		
	1 alfonsí nuevo (A) (3,411 g)	4 ½	5	60
Oro/Plata: 6⅔	1 chico (2,313 g)	3	3	36
1217-1223		0,768 g		0,253 g
	1 alfonsí (3,84 g)	5		
	1 alfonsí nuevo (A) (3,411 g)	4 ½	7 ½	90
Oro/Plata: 6⅔	1 chico (2,313 g)	3	5	60
> 1223		0,768 g		0,26 g
	1 alfonsí (3,84 g)	5		
	1 alfonsí nuevo (B) (3,118 g)	4	7 ½	90
Oro/Plata: 7½	1 chico (2,313 g)	3	5	60
<i>Sistemas monetarios</i> ⁷⁹				

⁷⁹ El valor de los maravedís y los dineros indica no el peso de la moneda sino el del metal precioso, oro y plata respectivamente, en ellas incluido. Para los sueldos no se indica este dato al tratarse de una moneda de cuenta. El mencal, por su parte, es un ponderal del oro que actúa como fracción del maravedí. Todos estos datos numéricos están ya presentes en los cuadros incluidos en OLIVA MANSO, G., «Enigmas monetarios...», págs. 332-335; y «Cien años...», pág. 513.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO PLANAS, Javier y OLIVA MANSO, Gonzalo, *El fuero de Madrid*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.
- BELTRÁN VILLAGRASA, Pío, «Dos tesorillos de vellones ocultos en la primera época del reinado de Alfonso X», *Obra completa, II. Edad Media y Reyes Católicos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1972, pp. 646-698.
- CABALLERO, Antonio, véase SÁEZ, Carlos.
- CANTO, Alberto y IBRAHIM, Tawfiq, *Moneda andalusí en La Alhambra*, Archivos y Publicaciones Scriptorium S.L., Granada, 1997.
- CASTÁN LANASPA, Guillermo, *Polémica monetaria y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2000.
- CASTILLO LLUCH, Mónica y ESCOBAR CASTILLO, Andrea, «El fuero de Medinaceli concedido a Murillo el Fruto: nueva edición y estudio lingüístico», *Revista de Historia de la Lengua Española*, 17, 2022, págs. 113-143.
- CASTILLO OREJA, Miguel Ángel, «Alcalá de Henares, una ciudad medieval en la España cristiana (s. XIII-XV)», *En la España medieval*, 7, 1985, ejemplar dedicado a: *La ciudad hispánica durante los siglos XIII al XVI*, vol. 2, pp. 1059-1080.
- DELGADO MARTÍNEZ, M.^a Consuelo, *Apuntes sobre la vida rural de la villa y tierra de Yanguas (Soria), siglos XII-XVI*, CSIC. Centro de Estudios Sorianos, Almazán, 1981.
- ESPAÑA, León DE, *Sistemas monetarios peninsulares. La acuñación de moneda cristiana tras la invasión de los musulmanes hasta el siglo XV*, Fundación León de España, Madrid, 2002.
- ESPOILLE, M.^a Emma, «Repoblación de la tierra de Cuenca, siglos XII a XVI», *Anuario de Estudios medievales*, 12, 1982, pp. 205-240.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Juan, véase JIMÉNEZ DE RADA, Rodrigo.
- FITA, Fidel, «El fuero de Brihuega», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 19, 1891, pp. 123-130.
- FLÓREZ, Enrique (ed.), *Anales Toledanos II, España Sagrada*, vol. 23, Antonio Marín, Madrid, 1767.
- FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, Luis Javier, «Los ‘fueros menores’ y el señorío realengo en Navarra (siglos XI-XIV)», *Príncipe de Viana*, 46/176, 1985, pp. 603-674.

FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, Luis Javier, «Fueros locales de Navarra», *Revista de Historia Jerónimo Zurita*, 78-79, 2004, pp. 113-152.

Fuero de Coria (El). Estudio histórico-jurídico, por José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO; *transcripción y fijación del texto*, por Emilio SÁEZ, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949.

GAMBRA, Andrés, *Alfonso VI. Cancillería, Curia e Imperio. II Colección diplomática*, Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, León, 1997.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, «Los fueros de Medinaceli», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, pp. 9-16.

GARCÍA LÓPEZ, Juan Catalina, *El fuero de Brihuega*, Imprenta de Manuel G. Hernández, Madrid, 1887.

GARCÍA LÓPEZ, Juan Catalina, *La Alcarria en los dos primeros siglos de la Reconquista. Discursos leídos ante la Real Academia de la Historia en la recepción pública del Excmo. Sr. D... en 27 de mayo de 1894*, El Progreso, Madrid, 1894.

GAUTIER DALCHÉ, Jean, «La politique monétaire et fiscale d’Alphonse X revisitée par Guillermo Castán Lanaspá», *Alcanate*, 4, 2004-2005, pp. 315-354.

GIL FARRÉS, Octavio, *Historia de la moneda española*, Octavio Gil Farrés, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ, Julio, *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*, vol. 2, CSIC. Escuela de Estudios Medievales, Madrid, 1960.

GONZÁLEZ, Julio, *Repoblación de Castilla la Nueva*, vol. 2, Universidad Complutense, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ, Julio, «Repoblación de las tierras de Cuenca», *Anuario de Estudios medievales*, 12, 1982, pp. 183-204

GONZÁLEZ PALENCIA, Antonio, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, vol. 3, Instituto Valencia de Don Juan, Madrid, 1930.

GROSS, Georg, «El fuero de Uclés, documento de mediados del siglo XII», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 188, 1991, pp. 105-180.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Francisco J., *Las rentas del Rey. Sociedad y fisco en el reino castellano del siglo XIII*, 2 vols., Fundación Ramón Areces, Madrid, 1993.

IBRAHIM, Tawfiq, véase CANTÓ, Alberto.

- JIMÉNEZ DE RADA, Rodrigo, *Historia de rebvs Hispanie sive historia gothica*, Juan FERNÁNDEZ VALVERDE (ed.), Brepols, Turnhout, 1987.
- LACARRA Y DE MIGUEL, José M.^a, «Notas para la formación de las familias de fueros», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 10, 1933, pp. 203-272.
- LADERO QUESADA, Miguel Ángel, «Monedas y políticas monetarias en la Corona de Castilla (siglos XII-XV)», *Moneda y monedas en la Europa medieval (siglos XII-XV): XXVI Semana de Estudios Medievales, Estella, 19 a 23 de julio de 1999*, Gobierno de Navarra. Pamplona, 2000, pp. 129-178.
- LAFUENTE ÁLVAREZ, Moisés, «La villa de andaluz, su iglesia románica y su fuero», *Celtiberia*, 42, 1971, pp. 191-210.
- LEMA PUEYO, José Ángel, «El fuero de Carcastillo», *Príncipe de Viana*, 8, 1988, Ejemplar dedicado a: *Primer Congreso General de Historia de Navarra. Comunicaciones. Edad Media*, pp. 71-78.
- LUÑO PEÑA, Enrique, *Legislación foral de Don Rodrigo Jiménez de Rada*, Tipografía La Académica, Zaragoza, 1927.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DE TORCO, José, véase *Fuero de Coria (El)*
- MARTÍN PALMA, M.^a Teresa, *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 1984.
- MARTÍN PRIETO, Pablo, «El derecho castellano medieval en sus textos: los Fueros de Guadalajara», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 78-79, 2008-2009, pp. 139-213.
- MARTÍNEZ DíEZ, Gonzalo, «Los Fueros de la familia Coria Cima-Coa», *Revista Portuguesa de Historia*, 13, 1971, p. 343-373.
- MARTÍNEZ DíEZ, Gonzalo, «Los fueros inéditos de Mojados», en *Estudios en homenaje a don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, vol. 2, Ávila-Buenos Aires, Fundación Sánchez Albornoz-Instituto de Historia de España, 1983, pp. 453-467
- MARTÍNEZ DíEZ, Gonzalo, *Las comunidades de villa y tierra de la Extremadura castellana: estudio histórico-geográfico*, Editora Nacional, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ LLORENTE, Félix J., *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval. Las Comunidades de Villa y Tierra (s. X-XIV)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990.
- MATEU Y LLOPIS, Felipe, *La moneda española*, Alberto Martín, Barcelona, 1946.

- MENDOZA CERCADILLO, Irene, *Los Fueros de Andalúz: Transcripción y estudio fonético-fonológico de la F- inicial latina y de la apócope extrema*, trabajo fin de grado, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2022.
- MORÁN MARTÍN, Remedios, «La organización de un espacio de la Orden de Calatrava en el siglo XII: La Alcarria», en J. ALVARADO (coord.), *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV): una perspectiva metodológica*, Polifemo, Madrid, 1995, pp. 255-293.
- MORÁN MARTÍN, Remedios, «La urdimbre de un Fuero. Sobre el Derecho local de Sigüenza», *Cuadernos de Historia del Derecho*, Extra 2, 2010, págs. 373-402.
- MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Imprenta de Don José María Alonso, Madrid, 1847.
- OLIVA MANSO, Gonzalo, *Génesis y evolución del derecho de frontera en Castilla (1076-1212)*, tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015.
- OLIVA MANSO, Gonzalo, «Orígenes del derecho sepulvedano», en F. SUÁREZ y A. GAMBRA (coords.), *Los fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera. II Symposium Internacional de Estudios Históricos de Sepúlveda*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 51-102.
- OLIVA MANSO, Gonzalo, «Enigmas monetarios en el derecho local. Los mencales y maravedís en los fueros castellanos», *Revista General de Información y Documentación*, 26.1, 2016, pp. 313-340.
- OLIVA MANSO, Gonzalo, «Cien años de moneda en Castilla (1172-1268). El siglo del maravedí de oro», *Espacio, Tiempo y Forma. Serie III. Historia Medieval*, 31, 2018, pp. 483-520.
- OLIVA MANSO, Gonzalo, *Las Leyes del Estilo, Edición y estudio de...*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- OLIVA MANSO, Gonzalo, véase. ALVARADO PLANAS, Javier.
- PAREJA SERRADA, Antonio, *Diplomática arriacense. Colección de algunos documentos, publicados unos, inéditos otros, que pueden servir para planear o ilustrar una historia de Guadalajara y su provincia*, Casa de Expósitos, Guadalajara, 1921.
- PAVÓN MALDONADO, Basilio, *Guadalajara medieval: arte y arqueología árabe y mudéjar*, CSIC, Madrid, 1984.

- PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio, «Pervivencia y reforma de los derechos locales en la época moderna. Un supuesto singular: El Fuero de Alcalá de Henares de 1509», *En la España Medieval*, 9, 1986, pp. 743-760.
- PÉREZ CELADA, Julio A., *Documentación del monasterio de San Zoilo de Carrión (1047-1300)*, J. M. Garrido Garrido, Burgos, 1986.
- Portugaliae Monumenta Historica: a saeculo octavo post Christum usque ad quintumdecimum, iussu Academiae Scientiarum Olisiponensis edita, Leges et consuetudines*, vol. 1, Iussu Academiae Scientiarum Olisiponensis, Lisboa, 1856.
- RADES Y ANDRADA, Francisco DE, «Chronica de Calatraua», *Chronica de la tres Ordenes y Cauallerias de Santiago, Calatraua y Alcantara*, Casa de Juan de Ayala, Toledo, 1572.
- RIVERA GARRETAS, M.^a Milagros, «El fuero de Uclés (siglos XII-XIV)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982, pp. 243-348.
- RIVERA GARRETAS, M.^a Milagros, *La Encomienda, el priorato y la villa de Uclés en la Edad Media (1174-1310). Formación de un señorío de la Orden de Santiago*, CSIC, Madrid-Barcelona, 1985.
- RIVERA RECIO, Juan Francisco, «Patrimonio y señorío de Santa María de Toledo desde el 1086 hasta el 1208», *Anales Toledanos*, 9, 1974, pp. 117-182.
- ROJO ORCAJO, Timoteo, «Un fuero desconocido: el fuero otorgado a Andaluz», *Universidad*, 2, 1925, pp. 785-797.
- ROMA VALDÉS, Antonio, *Moneda y sistemas monetarios en Castilla y en León durante la Edad Media (1087-1366)*, Asociación Numismática Española-Museo Casa de la Moneda, Barcelona-Madrid, 2000.
- SÁEZ, Carlos, «Los fueros breves de Alcalá y su Tierra. Ensayo diplomático informático», *Anales Complutenses*, 3, 1991, pp. 123-131.
- SÁEZ, Carlos, CABALLERO, Antonio y TORRENS, M.^a Jesús, *Fuero de Alcalá de Henares*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1992.
- SÁEZ, Emilio, véase *Fuero de Coria (El)*.
- Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López... (Las)*, vol. 1, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011 (reedición facsímil de la edición de Salamanca, 1555).

SIMONET, Francisco Javier, *Historia de los mozárabes de España. IV: Los últimos tiempos (años 1085-1492)*, Establecimiento Tipográfico de la Viuda e Hijos de M. Tello, Madrid, 1897-1903.

TORRENS, M.^a Jesús, véase SÁEZ, Carlos.

TORRENS ÁLVAREZ, M.^a Jesús, *Edición y estudio lingüístico del Fuero de Alcalá (Fuero viejo)*, Fundación Colegio del Rey, Madrid, 2002.

URBINA MARTÍNEZ, Dionisio y URQUIJO ÁLVAREZ, Catalina, «El castillo de Zorita de los Canes», *Boletín de la Asociación de Amigos del Museo de Guadalajara*, 11, 2020, pp. 223-246.

UREÑA Y SMENJAUD, Rafael DE, *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf)*. Edición crítica con introducción, notas y apéndice, Academia de la Historia, Madrid, 1935.

URQUIJO ÁLVAREZ, Catalina, véase URBINA MARTÍNEZ, Dionisio.

VÁZQUEZ DE PARGA, Luis, «Fueros de Fuentes de la Alcarria», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18, 1947, pp. 353-398.

LA PREVARICACIÓN DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO (AL MISMO TIEMPO, UN ESTUDIO DE LOS TIPOS LEGALES DE LOS ARTS. 404 Y 405 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)¹

THE CRIME OF MALFEASANCE BY UNIVERSITY FACULTY
(AT THE SAME TIME, A STUDY OF THE STATUTORY OFFENCES
UNDER ARTICLES 404 AND 405 OF THE SPANISH
CRIMINAL CODE)

ALFONSO ORTEGA MATESANZ

Universidad de Valladolid

Sumario: *I. Breve introducción. II. Notas sobre el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP). A. Consideraciones generales. B. Sujeto activo. A la vez: el concepto penal de funcionario público. 1. Aplicación al caso del profesorado universitario. C. Conducta típica. 1. Asunto administrativo. 2. El dictado de una resolución arbitraria. a) ¿Es posible la prevaricación por omisión?. b) Arbitrariedad e injusticia de la resolución. 3. Elementos subjetivos. La locución «a sabiendas de su injusticia». D. Autoría y participación en el delito de prevaricación administrativa. Especial consideración de la autoría mediata. E. Consumación del delito. III. Posibles conductas prevaricadoras del profesorado universitario. A. En la selección del profesorado universitario. 1. Sobre la selección del profesorado universitario y los efectos criminológicos de la normativa universitaria. 2. Análisis de la posible aplicación del art. 404 CP. 3. La aplicabilidad de una figura hasta ahora no men-*

¹ Este trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación en el Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), financiada en el marco de la convocatoria de ayudas sobre «MOVILIDAD INVESTIGADORES E INVESTIGADORAS UVa-BANCO SANTANDER 2025».

cionada: el delito de nombramientos ilegales (art. 405 CP). a) Consideraciones específicas para el ámbito universitario. B. En la evaluación y calificación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales. IV. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo está dedicado a analizar la posible comisión de conductas prevaricadoras por parte del profesorado universitario en dos ámbitos específicos: los procesos de selección del personal docente e investigador (PDI) en las universidades públicas y la evaluación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales. Dado que se trata de un estudio de derecho aplicado, antes de abordar estas cuestiones concretas se examinará, con la profundidad necesaria, la regulación del delito de prevaricación administrativa en el Código Penal (art. 404). Asimismo, resulta imprescindible realizar algunas consideraciones generales acerca del procedimiento de selección del PDI y de la forma en que se lleva a cabo la evaluación de asignaturas y trabajos de investigación en las universidades españolas.

Palabras clave: prevaricación, nombramiento ilegal, profesorado universitario, selección del PDI, evaluación académica.

Abstract: This paper is devoted to analyzing the possible commission of malfeasance by university faculty in two specific areas: the selection processes of teaching and research staff (PDI) in public universities, and the evaluation of courses, final degree projects, and doctoral dissertations. Since this is a study in applied law, before addressing these specific issues the regulation of the crime of malfeasance under the Spanish Criminal Code (Article 404) will be examined in the necessary depth. It is also essential to provide some general considerations regarding the procedure for selecting teaching and research staff and the manner in which the evaluation of courses and research projects is carried out in Spanish universities.

Key words: malfeasance, unlawful appointment, university faculty, selection of teaching and research staff, academic evaluation.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos analizar, desde el plano jurídico-penal, la posible comisión de conductas prevaricadoras por parte del profesorado universitario en dos ámbitos concretos: la selección del personal docente e investigador (PDI) en las universidades públicas—respecto de lo cual se ha señalado que las prácticas prevaricadoras

han sido algo históricamente frecuente²— y la calificación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales. Dado que se trata de un estudio de derecho aplicado, resulta imprescindible situar previamente el marco normativo de referencia, es decir, el tipo legal del art. 404 del Código Penal (desde ahora, CP), en el que se castiga la llamada prevaricación administrativa o del funcionario público. Este delito requiere que un funcionario público penal dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo, actuando «a sabiendas de su injusticia». Se tratará de manera detallada, en sus distintos aspectos, el delito de prevaricación del art. 404 CP, con el fin de valorar, desde la perspectiva jurídica, si es realmente posible o no aplicarlo a los casos que aquí nos ocupan. También abordaremos la cuestión, esencial en orden a la imputación del delito a título de autor, de si el profesorado universitario puede ser considerado funcionario público a efectos penales (cfr. art. 24 CP). Junto a ello, se ofrecerán, por su importancia para nuestro análisis, algunas consideraciones sobre el procedimiento de selección del PDI en las universidades públicas y sobre el modo en que se lleva a cabo la evaluación de asignaturas y trabajos de investigación en las universidades españolas. Para cada uno de los ámbitos señalados, se examinará si cabe la aplicación del tipo delictivo de prevaricación administrativa.

II. NOTAS SOBRE EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 404 CP)

A. Consideraciones generales

El delito de prevaricación cometido por funcionario público está tipificado y sancionado en el Título XIX del Libro II del CP, dedicado a los «Delitos contra la Administración pública» (arts. 404 a 445 CP). La Administración pública a la que se refiere la rúbrica del Título es la civil, no la militar, que es objeto de protección por otros preceptos penales³. Desde la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, tal Título comprende un total de diez capítulos, aunque

² Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Dykinson, Madrid, 2016; el mismo, «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», *Diario La Ley*, n.º 9910, 2021; el mismo, «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», *Diario La Ley*, n.º 10578, 2024; el mismo, *40 años devaluando la selección del profesorado universitario y sin expectativas de cambio*, Dykinson, Madrid, 2024.

³ LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 397.

su contenido ha ido variando en sucesivas modificaciones. Las figuras delictivas aquí recogidas tienen en común, con algunas excepciones —como el art. 406 CP, que, no obstante, es un delito especial propio, o el art. 418 CP—, que el sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario público, por lo que, en consecuencia, en su mayoría se trata de delitos especiales, propios o impropios.

Dentro del primero de los capítulos del Título XIX, denominado «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», y compuesto por tres preceptos (arts. 404, 405 y 406), se regula, en concreto en el art. 404 CP, el delito de prevaricación administrativa. Además de esta figura delictiva, el capítulo incluye los delitos de nombramiento ilegal (art. 405 CP) y de aceptación de nombramiento ilegal (art. 406 CP), los cuales constituirían los «otros comportamientos injustos» a los que alude el epígrafe. Todas estas incriminaciones —de ahí que pueda decirse que su agrupación en un mismo capítulo no resulte incorrecta— comparten la injusticia de determinadas actuaciones administrativas⁴. La propia formulación del Título XIX define expresamente la prevaricación como una modalidad de comportamiento injusto⁵.

Desde la reforma de 2015, resultan punibles la provocación, la conspiración y la proposición para cometer cualquiera de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II del Código (cfr. art. 445 CP).

Según dispone el art. 404 CP, «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años».

Se ha dicho por algún autor que el delito de prevaricación reprocha la conducta más grave de todas las que pueden cometer los funcionarios públicos⁶. Desde la instauración del periodo democrático,

⁴ GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 177. En el mismo sentido, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999, p. 104. De otra forma, según MUÑOZ CONDE, son «tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común». *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 974.

⁵ CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», *Revista española de derecho militar*, n.º 116, julio-diciembre, 2021, p. 258.

⁶ MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», en LAMARCA PÉREZ, C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2004, p. 549.

la aplicación de este delito ha experimentado una notable expansión según señala GARCÍA DE ENTERRÍA⁷.

En este delito, la Administración pública es protegida en su dimensión externa o de servicio público, en tanto que actividad de carácter prestacional que tiene como destinataria a la comunidad y que ha de desarrollarse conforme a los parámetros constitucionales que orientan su actuación (cfr. arts. 103 y 106 de la Constitución Española; en lo que sigue, CE), y se ve atacada desde dentro, por personas que están al servicio de la propia Administración⁸. La persecución del bien común constituye la misión esencial de la Administración pública y, a la vez, la razón que legitima su existencia.

La función pública debe ser concebida como una actividad de prestación de servicios a los ciudadanos. El adecuado desempeño de dicha función debe garantizarse, precisamente, desde esta perspectiva; de lo contrario, tal y como afirma MORILLAS CUEVA, «se reduciría a una pretensión de naturaleza política o a lo más administrativa, la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración en su labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda»⁹.

Los comportamientos prevaricadores suelen ser considerados una de las manifestaciones de la corrupción en el ámbito público¹⁰. Sin embargo, calificarlos como corrupción sólo resulta apropiado cuando

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», en ORTIZ BLASCO, J./MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 263.

⁸ Vid. MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996, pp. 309-310; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 19-20; el mismo, «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, n.º 96, 2005, p. 43; el mismo, «Artículo 404», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1777; CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», *Diario La Ley*, n.º 8753, 3 de mayo de 2016, p. 3.

⁹ MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 861.

¹⁰ Es más, en opinión de CASAS HERVILLA, el delito de prevaricación «constituye, sin ningún género de dudas, la figura criminal más relevante en la lucha

la conducta se enmarca en un contexto en el que se traiciona el interés público para favorecer intereses particulares, sean propios del funcionario o de un tercero. En palabras de ROCA AGAPITO, la corrupción «es el uso privado de los poderes públicos en beneficio particular»¹¹. Los actos que dan lugar a un delito de prevaricación, en definitiva, pueden entenderse como una forma o modalidad de corrupción pública —aunque esta no sea una categoría penal autónoma, sino más bien criminológica— siempre que impliquen un uso indebido o ilícito del poder o de la función pública, que se ven por tanto instrumentalizados, en beneficio propio o ajeno.

Estamos ante un delito especial propio (en la jurisprudencia, por todas, STS 441/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1649), ya que no existe en el Código ningún delito común relativo al mismo comportamiento que puedan realizar los particulares. Esto tendrá enorme trascendencia en orden a la responsabilidad penal del *extraneus*, es decir, de la persona que carece de la cualidad especial que exige el tipo penal para ser autor.

El art. 404 CP es aplicable a los casos de prevaricación realizados en el ámbito administrativo por cualquier funcionario público (en sentido penal). Se prevén en el Código, no obstante, algunas prevaricaciones específicas, por razón de la materia sobre la que versan, en los arts. 320, 322 y 329. Estas infracciones se refieren, respectivamente, a los siguientes ámbitos: ordenación del territorio, patrimonio histórico y protección del medio ambiente. Tales preceptos desplazarán en su aplicación, por especialidad (art. 8.1.^a CP), a las previsiones del art. 404 CP¹². Se trata de los mismos comportamientos, si bien realizados en ámbitos concretos¹³, lo que justifica su aplicación preferente frente al art. 404 CP¹⁴.

contra la corrupción pública». «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», cit., p. 237.

¹¹ ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 55. Similar, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.), *Tratado de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1992.

¹² Por todos, ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1783.

¹³ Aunque, como hace notar MUÑOZ CONDE, «la redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404». *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 974.

¹⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Atelier, Barcelona, 2019, p. 370.

Por su parte, las conductas prevaricadoras de jueces, magistrados y letrados de la Administración de Justicia son objeto de tipificación independiente en los arts. 446 a 449 CP, dentro del Título XX del Libro II CP, reservado a los «Delitos contra la Administración de Justicia».

En el CP de 1973, la prevaricación administrativa y la judicial estaban reguladas en un mismo capítulo, aunque en preceptos distintos, pese a que la dimensión de la función pública afectada por la conducta típica es diferente en cada caso¹⁵. Con buen criterio, el legislador de 1995 las trata en títulos diferentes.

En la prevaricación funcionarial, el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública, considerando por tal aquel que se desarrolla dentro de la legalidad¹⁶, entendida esta, no obstante, no como legalidad formal, sino como legalidad material¹⁷. Su ejercicio tal y como establece, en definitiva, el art. 103.1 CE: con sometimiento pleno a la ley y al Derecho¹⁸.

En lo que respecta a las penas previstas en el art. 404 CP, ambas inhabilitaciones tienen carácter principal y habrán de imponerse conjuntamente. Se aplicarán por el mismo periodo temporal. En la sentencia condenatoria, deberán especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recaerá la inhabilitación especial. Lo correcto será que esta pena afecte únicamente al puesto o cargo público en

¹⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), pp. 1850-1851.

¹⁶ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MATALLÍN EVANGELIO, A./ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316: «el bien jurídico puede cifrarse en el correcto ejercicio de la función pública; esto es, en el ejercicio de la función pública con sujeción a la CE y al resto del ordenamiento jurídico». Véase también MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», *ADPCP*, Tomo 44, Fasc/ Mes 2, 1991, p. 389; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3019.

¹⁷ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», en ASUA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 141, 151 y 155.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1087; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016, p. 1 (versión digital; La Ley 3323/2016), p. 1; NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 335 y 342.

cuyo ejercicio se tomó la resolución prevaricadora¹⁹. De este modo, la inhabilitación debe recaer sobre el puesto o cargo directamente relacionado con el delito, sin extenderse a otros puestos dentro de la función pública con los que no hubiese existido tal relación²⁰. En un caso en el que un profesor titular de universidad fue condenado como autor de un delito de prevaricación del art. 404 CP, por otorgar de manera arbitraria a una alumna la calificación de sobresaliente, cuando en realidad carecía de todo mérito para obtener dicha nota, y ni siquiera merecía el aprobado, la inhabilitación especial afectó a su empleo de profesor titular (SAP Granada 168/2016, de 18 de marzo — ECLI:ES:APGR:2016:1241). Conviene, en cualquier caso, recordar, con JAREÑO LEAL, que «no es lo mismo la inhabilitación de un cargo nombrado por libre designación, para el que la pena implica la imposibilidad de ejercer dicho cargo, que la impuesta al funcionario de carrera, en cuyo caso podrá perder tal condición de funcionario»²¹. En cuanto a la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, el condenado no podrá concurrir como candidato en ningún proceso electoral durante el tiempo que se extienda su duración.

En el Código de 1973 se tipificaba, junto a la modalidad dolosa, una forma de prevaricación imprudente o culposa, la cual no está contemplada en el Código vigente, aunque sí existe una modalidad imprudente en la prevaricación judicial (art. 447 CP). La supresión de la prevaricación imprudente por el Código de 1995, sobre la que la doctrina científica se ha pronunciado en sentidos diversos, con autores a favor y en contra²², nos sitúa en el marco anterior al Código

¹⁹ En este sentido, vid. JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, n.º 20, 2018, p. 25-26; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.ª ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024, p. 3525. De otra forma, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1134.

²⁰ Así, JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 25.

²¹ JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 26.

²² Criticando que no exista una prevaricación administrativa por imprudencia, entre otros, REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F. (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 112; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Introducción a los delitos contra la Administración Pública», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 40. A favor de la supresión, en cambio, FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Prevaricación», en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (dir.), *Parte especial del Derecho penal a través del sistema de casos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 415, asimismo,

de 1870, en el que esta figura criminal se reguló por primera vez. Su derogación puede tener importantes repercusiones en el caso de órganos colegiados, como ha puesto de manifiesto ARRIBAS LÓPEZ²³. En cualquier caso, los comportamientos que anteriormente encajaban en la prevaricación administrativa culposa pueden ser perseguidos —y, en su caso, sancionados— por la vía administrativa²⁴.

En 2015, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de ese mismo año, este precepto fue objeto de una doble modificación, en un sentido agravatorio de la respuesta penal²⁵. La mayor severidad en la represión de esta conducta se enmarca en una política legislativa más amplia de revisión de las penas previstas para los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública²⁶. Por un lado, se incrementó la duración de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que hasta la reforma iba de siete a diez años. Ahora se impondrá por tiempo de nueve a quince años. Algunos autores han criticado su duración por considerarla excesiva²⁷. Otros, en cambio, no entienden la razón de que las prevaricaciones específicas estén sancionadas con penas privativas de libertad, y la genérica, sin embargo, no. En esta última dirección, ÁLVAREZ GARCÍA ha defendido que es necesario en el art. 404 CP «acompañar la pena de inhabilitación por otra privativa de libertad de suficiente gravedad»²⁸. Debe destacarse, además, que la elevación de la pena abstracta de inhabilitación especial para empleo o cargo público ha tenido como efecto añadido el incremento del plazo de prescripción del delito: antes era de diez años; en la actualidad es

al igual que los anteriores, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1851.

²³ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», *Diario La Ley*, n.º 7894, 4 de julio de 2012, p. 9.

²⁴ CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, Reus, Madrid, 2020, p. 50; JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 15.

²⁵ CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 9; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1998.

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2017, pp. 204-206.

²⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370; SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 38.

²⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Introducción a los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 44.

de quince años (art. 131.1 CP)²⁹. Por otro lado, en cuanto a la segunda de las modificaciones, se introdujo la imposición obligatoria de una pena de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo. Durante el tiempo que dure la pena, el condenado no podrá optar a ningún cargo electivo. La imposición adicional de esta pena se debe a que la inhabilitación especial para empleo o cargo público alcanza únicamente, como se dijo, al puesto que se ocupaba al cometer el delito³⁰.

A diferencia de lo que sucede con otros delitos contra la Administración pública, el enjuiciamiento del delito de prevaricación no corresponde al tribunal del jurado. Como consecuencia del aumento de la pena con la reforma de 2015, al superar ahora el límite de diez años, la competencia para enjuiciar la prevaricación administrativa pasó de los Juzgados de lo Penal a las Audiencias Provinciales³¹.

B. Sujeto activo. A la vez: el concepto penal de funcionario público

El sujeto activo del delito de prevaricación debe ser una autoridad o funcionario público. La cualidad de funcionario público es un elemento del tipo³². En el caso de los órganos colegiados, cada uno de sus miembros deberá presentar dicha condición³³. Si alguien en quien no concurriera esta cualidad, realizase la conducta típica, su hecho quedaría impune³⁴, teniendo en cuenta, además, que no existe un tipo común paralelo, sin perjuicio de que tal persona pueda ser partícipe en el hecho delictivo del funcionario.

²⁹ Vid. ORTS BERENGUER, E., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404 y 405)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1108; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», en MUÑOZ CUESTA, J./FUERTES LÓPEZ, F.J./LERENA LÓPEZ, J. (coords.), *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Cosital, Madrid, 2015, p. 252.

³⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 219; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3525.

³¹ PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3525.

³² MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997, p. 479.

³³ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 6.

³⁴ El hecho sería atípico, como bien señala MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS. «Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente», *Diario La Ley*, n.º 7173, 2009, p. 8.

Ahora bien, se exige, además, por doctrina y jurisprudencia, que el funcionario público, para poder ser autor de este delito, posea facultades decisorias o resolutivas, ya sea por la competencia propia de su cargo o por delegación de un superior (STS 971/1997, de 4 de julio — ECLI:ES:TS:1997:4756)³⁵. La facultad de delegar corresponde exclusivamente a quien ostenta la condición de autoridad.

Siendo así, sólo podrían incurrir en este delito aquellos funcionarios públicos facultados para dictar resoluciones con efectos jurídicos, ya sea frente a la propia Administración o frente a los ciudadanos. Como ha dicho MUÑOZ CLARES³⁶, «no se trata de un entendimiento al margen de la legalidad y, al contrario, es preciso afirmar que dicho entendimiento fue propiciado en su día por la propia legalidad». Esto supondrá una limitación al círculo de posibles sujetos activos³⁷. Quienes realizan funciones de asesoramiento, en consecuencia, quedarán excluidos como posibles autores (SSTS de 10 de noviembre de 1989 — ECLI:ES:TS:1989:6226; y 17 de septiembre de 1990 — ECLI:ES:TS:1990:6257). Esta exigencia de que el funcionario público ostente competencias decisorias tendrá una importante repercusión en materia de autoría y participación; así, el funcionario sin facultades decisorias sólo podrá responder penalmente en calidad de partícipe *extranei* (cfr. STS 1493/1999, de 21 de diciembre — ECLI:ES:TS:1999:8670), pero nunca como autor del delito (ni siquiera como autor mediato)³⁸.

Asimismo, según han destacado distintos autores, el funcionario público habrá de actuar dentro del marco genérico o relativo de sus

³⁵ En la doctrina, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, p. 397; ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, 1993, p. 672; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 39; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (coord.), *Temas actuales de Derecho penal*, Perú, 2004, p. 558; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1540. En la jurisprudencia, las SSTS 705/2021, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3378), y 780/2021, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3865) requieren que el funcionario «adopte una decisión en cualquier asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo».

³⁶ MUÑOZ CLARES, J., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», *RGDP*, n.º 20, 2013, p. 2.

³⁷ En este sentido, GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, 6.ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 366.

³⁸ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1540.

competencias³⁹. Su ámbito de actuación, a mayor abundamiento, no podrá coincidir con el de alguna de las prevaricaciones específicas⁴⁰; en caso de coincidencia, será de aplicación lo previsto en los arts. 320, 322 o 329 CP, al constituir estos delitos *lex specialis* frente al tipo del art. 404 CP.

Pese a lo que mantiene la jurisprudencia, considerando reiteradamente que el requisito de la injusticia de la resolución puede venir integrado, entre otras situaciones, cuando la misma es dictada por un funcionario sin competencias (por todas, STS 439/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1638), sólo cabe hablar de delito de prevaricación cuando el funcionario abusa de sus competencias, y no cuando se arroga competencias ajenas, invasión de competencias que debería dar lugar, más bien, a un delito de usurpación de funciones⁴¹. Una decisión dictada al margen del ámbito competencial entendido en los términos expuestos no sería válida (ni siquiera injusta) y, por tanto, no podría considerarse prevaricadora. Lo que protege el tipo penal es el correcto funcionamiento de la Administración pública, que sólo se ve atacado cuando el funcionario utiliza caprichosamente sus facultades o abusa de ellas⁴². Si la ausencia de competencia para conocer del asunto es total, no hay tal abuso de competencia, sino una carencia absoluta de la misma, determinante no obstante de la nulidad del acto administrativo (y que, en su caso, como se ha dicho, podría calificarse como usurpación de funciones).

En la jurisprudencia del Alto Tribunal se ha dicho que «la exigencia de que se dicta una resolución indica que solamente los órganos decisorios del organigrama administrativo de una determinada entidad estatal, autonómica o local pueden estar revestidos de estas

³⁹ Sobre la exigencia de competencia relativa, por todos, ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 706; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2548. Vid. también MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., pp. 3025-3026.

⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 558.

⁴¹ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 706; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 49; POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», en POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 277.

⁴² GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, Universidad Católica de Murcia, Murcia, 2021, p. 143.

facultades administrativas, por lo que habrá de indagarse, en cada caso cuál es el órgano concreto al que ha de atribuirse las facultades decisorias y en qué medida un órgano o cargo se limita a dar carácter ejecutivo a las decisiones adoptadas por otros órganos individuales o colectivo, todo ello sin descartar la posible prevaricación por conducción o dirección de un determinado expediente administrativo en el que confluyen decisiones colectivas o individuales, admitiéndose casos de coautoría cuando exista un reparto conjunto y de común acuerdo, o una cadena productora de resoluciones que son firmadas por la Autoridad correspondiente, dando lugar a lo que un sector de la doctrina denomina coautoría sucesiva» (STS de 16 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:3889).

Ante la exigencia de que el funcionario posea potestad decisoria, diversos autores han llegado a la acertada conclusión de que solamente las autoridades podrían ser sujetos activos del delito de prevaricación, en la medida en que son las únicas dotadas de capacidad para dictar resoluciones⁴³. Es decir, son la clase de funcionarios públicos que poseen jurisdicción propia, como ha destacado POLAINO NAVARRETE⁴⁴. Esto, no obstante, no excluye la posibilidad de que también los funcionarios públicos que no ostentan la condición de autoridades puedan cometer el delito cuando elaboren una resolución por delegación, independientemente de que la firmen o no⁴⁵. En el caso de las resoluciones adoptadas por delegación, como bien señala ROLDÁN BARBERO⁴⁶, no resulta aplicable el criterio administrativo según el cual la resolución se considera dictada por el órgano delegante. Esto significa que la responsabilidad penal recaerá en quien ejerza de manera efectiva la potestad decisoria, y no en el órgano que la delega. En cualquier caso, el tenor del art. 404 CP se refiere indistintamente a autoridades y funcionarios públicos, por lo que ambos pueden ser sujetos activos del delito; en otras palabras, «la diferencia carecería de importancia a efectos prácticos»⁴⁷.

⁴³ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1125; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3022.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 272.

⁴⁵ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁴⁶ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672. De la misma forma, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1125.

⁴⁷ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 65.

En el art. 358.1 CP 1973 se mencionaba únicamente a los funcionarios públicos. Esto, en realidad, no planteaba verdaderos problemas, ya que, según se admite generalmente, la autoridad es una especie dentro del género más amplio del funcionario público, por lo que, al hacerse referencia a estos, aquellas ya quedaban por definición comprendidas. Por tal razón, puede ponerse en duda la necesidad o utilidad de que se mencione por la redacción típica, junto al funcionario público, a la autoridad⁴⁸. De hecho, ya con carácter general, se ha cuestionado si la distinción entre funcionario público y autoridad no resulta artificiosa⁴⁹. En cualquier caso, como se ha señalado, la redacción del art. 404 CP vigente no hace distincos, contemplando a ambos, autoridades y funcionarios públicos, como posibles sujetos activos del delito.

Debemos plantearnos si es posible la comisión del delito de prevaricación cuando la resolución procede de un órgano colegiado o colectivo, en el que las decisiones se adoptan de forma conjunta, siguiendo un sistema de mayorías. Sólo en el caso de las prevaricaciones específicas se resuelve expresamente esta cuestión en el sentido de aceptarlo. Doctrina y jurisprudencia (cfr. SSTs 1417/1998, de 16 de diciembre — ECLI:ES:TS:1998:7651; ó 501/2000, de 21 de marzo — ECLI:ES:TS:2000:2284), no obstante, lo admiten sin problema, siempre que concurran, claro está, todos los elementos típicos, bajo el argumento de que, según la normativa administrativa, los actos administrativos pueden proceder tanto de un órgano unipersonal como de uno colegiado, y de que la decisión, en verdad, aunque esto no haría falta recordarlo, procede del acuerdo adoptado por el órgano⁵⁰.

Si la resolución prevaricadora la dicta un órgano colegiado, incurrirán en responsabilidad penal, en concepto de coautores⁵¹, todos aquellos de sus miembros que hayan votado conscientemente a favor

⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», *Diario La Ley*, 1996, pp. 4 y 9.

⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996, p. 20. La distinción sólo es relevante respecto de los tipos penales que se refieren exclusivamente a las autoridades. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 637 (digital).

⁵⁰ Sobre lo último, CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., p. 194.

⁵¹ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 131; MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., pp. 547-548; CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito

de un acuerdo que sabían arbitrario, o que, con su abstención, hubiesen facilitado su adopción⁵². La responsabilidad penal se exige, así, a título individual, atendiendo al sentido del voto emitido⁵³. El elemento subjetivo que junto al dolo genérico requiere el tipo penal —conocimiento de la injusticia de la acción— debe estar presente en relación con cada una de las personas que hayan hecho posible el acuerdo que da lugar a la resolución⁵⁴. En cualquier caso, la acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria, no en emitir el voto⁵⁵; lo que sucede es que, en los órganos colegiados, las decisiones se adoptan de manera conjunta mediante acuerdo, y la opinión o voluntad de cada miembro se expresa a través de su voto.

En estos casos, las actas y certificaciones que registran los acuerdos adoptados por los órganos colegiados resultan fundamentales para acreditar la posible voluntad prevaricadora de sus miembros⁵⁶. Constituyen un elemento probatorio clave, tanto para demostrar la infracción cometida como para eximir de responsabilidad a aquel

penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 8.

⁵² NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 680; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 607. Mayoritariamente, sin embargo, en línea con lo establecido por el art. 17.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se considera que no cometen el delito del art. 404 CP, quedando por lo tanto exentos de la responsabilidad criminal que pueda derivarse de los acuerdos, ni quienes votan en contra ni quienes se abstienen en la votación sobre la adopción de la resolución arbitraria. Así, por todos, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 48; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 246; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 68.

⁵³ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», en SERANO TÁRRAGA, M.D., *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1002; REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 105-106; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1993.

⁵⁴ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1003.

⁵⁵ REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 104 y ss.

⁵⁶ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 11.

miembro que, con su voto en contra, no haya participado en la formación de la voluntad arbitraria⁵⁷.

La condición de presidente o de simple miembro no afecta en absoluto a la responsabilidad penal de los integrantes del órgano. Aunque al presidente, y también a su secretario, le corresponda velar por el cumplimiento de las leyes (cfr. Ley 40/2015, de 1 de octubre) ello no va a determinar una exoneración de responsabilidad para los miembros que, con sus votos, acuerdan la decisión⁵⁸.

En el caso de que los miembros del órgano que están a favor de adoptar una resolución arbitraria se encuentren en minoría, como dicha resolución no prosperará por causas ajenas a su voluntad, existirá una tentativa del delito de prevaricación⁵⁹.

¿Quiénes pueden ser considerados funcionarios públicos o autoridad?

Para determinar qué personas pueden tener la consideración de autoridad o funcionario público, debemos acudir al art. 24 CP. En este precepto, el legislador proporciona una definición auténtica de autoridad y funcionario a los efectos penales, que no tiene validez en otras ramas del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia del TS ha insistido en que ésta no constituye una de las denominadas normas penales en blanco (por todas, aunque en alusión al art. 119 CP 1973, STS de 12 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:11510). Hablamos, luego, de un concepto de funcionario público y de autoridad «cerrado»⁶⁰, propio del Derecho penal y válido exclusivamente en este sector del ordenamiento jurídico.

Se trata de una definición vinculante para el aplicador de la ley penal, que determina el significado de tales términos, a la que debe acudirse cada vez que, en la Parte Especial del Código, se mencione a la autoridad o al funcionario público, ya sea en relación con los sujetos activos o con los delitos cometidos contra las personas que desempeñan una función pública. Como ha señalado ROCA AGAPI-

⁵⁷ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 5.

⁵⁸ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 674; PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», en CÓNDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997, p. 3831.

⁵⁹ Por todos, JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 16.

⁶⁰ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 158.

TO⁶¹, es una definición «de carácter general y con validez para todo el CP». Ambos conceptos tienen un alcance más amplio que el otorgado por el Derecho administrativo, de cuyas categorías no dependen. JAVATO MARTÍN indica con acierto que el legislador ha optado por «un concepto funcional, material, de funcionario, que desborda los angostos límites trazados para la figura por el ordenamiento administrativo»⁶². Esta mayor amplitud, desde un plano teleológico, se justifica en que «lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar» (STS 68/2003, de 27 de enero — ECLI:ES:TS:2003:403)⁶³. En el ámbito jurídico-penal, para colmar el concepto del art. 24 CP, basta con la mera participación en la función pública, de ahí que se diga que estamos ante un concepto funcional⁶⁴, siempre que ello se haga mediante alguno de los títulos de habilitación mencionados en el art. 24.2 CP: disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente. En cuanto al requisito del nombramiento, «si quien nombra carece de esta cualidad, el empleado público no ingresará en el cuerpo de funcionarios públicos penales»⁶⁵. En cualquier caso, fuera del ejercicio de las funciones públicas —esto es, en su esfera o vida privada—, el funcionario tendrá la consideración de particular⁶⁶. Según la jurisprudencia, «la cualidad de autoridad o funcionario, no acompaña al su-

⁶¹ ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 55.

⁶² JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 23, enero 2011, p. 154.

⁶³ Según JAVATO MARTÍN, «esta disparidad de conceptos ha sido justificada por la diversidad de fines u objetivos perseguidos por ambos ordenamientos, el administrativo y el penal. Mientras que al primero le interesa prioritariamente la regulación del estatus funcional, los derechos y deberes de estos sujetos, su retribución, en una palabra, la relación de servicio entablada entre la Administración pública y sus agentes, el Derecho penal atiende prioritariamente a la protección de la función pública; intenta salvaguardar su correcto funcionamiento frente a conductas provenientes tanto del propio funcionario como de terceros ajenos a aquella». «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 154-155.

⁶⁴ Vid. JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 154; el mismo, «El delito de desobediencia del funcionario», *RGDP*, n.º 21, 2014, p. 10, destacando que, con este calificativo, «se quiere poner de relieve no sólo la esencialidad de la efectiva, real, participación del ejercicio, sino también el hecho de que el concepto penal debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto».

⁶⁵ RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 205.

⁶⁶ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 45.

jeto pasivo como estatuto personal, sino que se proyecta para lo que entraña interés público y no para cuestiones puramente particulares» (STS de 12 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:11510).

La ley penal no exige las notas de incorporación y permanencia propias del funcionariado administrativo⁶⁷, por lo que podrán subsumirse en el concepto penal de funcionario público todos los empleados públicos (cfr. art. 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), con independencia de que sean funcionarios —de carrera o interinos— contratados laborales o personal eventual (siempre que estos últimos no se limiten a realizar meras funciones de asesoramiento)⁶⁸. No importan, para el Derecho penal, categorías, la duración de la relación, la retribución percibida ni el régimen de dedicación. La jurisprudencia lo ha destacado reiteradamente: «el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública» (por todas, STS 1233/1997, de 10 de octubre — ECLI:ES:TS:1997:6002). No se requiere, como recuerda C. MIR PUIG, «la oposición o el concurso, ni figurar en plantilla»⁶⁹. A los efectos penales, se produce una equiparación plena entre funcionarios titulares e interinos, e incluso entre todos ellos y los contratados laborales, aunque estos últimos no mantengan vínculo funcional alguno con la Administración⁷⁰. Aunque para nuestro análisis no tiene tanto interés, cabe señalar que también podrían considerarse funcionarios públicos penales los cargos políticos elegidos por sufragio en unas elecciones⁷¹. Todo aquel que tenga la consideración penal de fun-

⁶⁷ Como recuerda JAVATO MARTÍN, «la nota esencial que caracteriza al funcionario administrativo es su incorporación a la Administración en régimen de Derecho público y de manera permanente, voluntaria y profesional y retribuida». «El delito de desobediencia del funcionario», cit., p. 9.

⁶⁸ En este sentido, por todos, MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 546; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1540; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 678; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 369. Véase también RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., pp. 204-205, quien señala que «la adquisición de la condición de funcionario público penal es inherente a la adquisición de la condición de funcionario público de carrera de acuerdo con el ordenamiento administrativo».

⁶⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 24.

⁷⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., «El funcionario público ante el Derecho penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 20, enero 2010, p. 17.

⁷¹ JAVATO MARTÍN, A.M., «El delito de desobediencia del funcionario», cit., p. 10.

cionario público podrá ser autor en sentido estricto, en principio, de cualquiera de los delitos de los funcionarios previstos en el Código⁷².

La jurisprudencia de la Sala Penal del TS subraya que, en el ámbito penal, no resultan relevantes «ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003)» (STS 1590/2003, de 22 de abril — ECLI:ES:TS:2004:2634). En la STS 166/2014, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:974), se ha señalado que «hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal».

El requisito de que la función pública sea efectivamente ejercida ha llevado a algunos autores a sostener, no obstante, que el concepto penal es más estrecho que el administrativo⁷³.

La jurisprudencia ha determinado que también se incluyen dentro del concepto penal de funcionario «los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas» (STS de 30 de septiembre de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:7425). En la doctrina, MUÑOZ CONDE⁷⁴ sostiene que, aunque el nombramiento no sea legal, a efectos penales, se considerará funcionario al nombrado irregularmente si ejerce funciones públicas, pudiendo, por lo tanto, ser responsable de los delitos de los funcionarios públicos mientras persista el nombramiento anómalo. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones en que puedan incurrir tanto quien efectuó el nombramiento ilegal como quien, conociendo su ilegalidad, lo aceptase. Distinto es el supuesto de quien se atribuye a sí mismo, sin título alguno, una función pública, lo que podría constituir un delito de usurpación de funciones públicas (art. 402 CP).

⁷² PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3526.

⁷³ Vid., dando cuenta de ello, JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 153, nota 6.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 968-969. De otra forma, POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 275, por cuanto el nombramiento es ilegal.

El funcionario público, a efectos penales, puede pertenecer a la Administración estatal, autonómica, local o a cualquier otra entidad de carácter público⁷⁵.

La definición penal obliga a determinar, caso por caso, si concurren efectivamente las notas del art. 24.2 CP y, en consecuencia, si una persona ostenta o no la condición de funcionario público⁷⁶. Lo mismo sucede respecto de las autoridades: así, como ha destacado RODRÍGUEZ MOURULLO⁷⁷, «no bastará, pues, que en las respectivas reglamentaciones administrativas se atribuya a los funcionarios la condición de autoridad, sino que habrá de comprobarse si gozan de mando o jurisdicción propia, que son las notas esenciales que vertebran la noción penal de autoridad».

Las autoridades son una especie de funcionario público⁷⁸. Para revestir la consideración de autoridad, deben concurrir los requisitos para ser funcionario y, adicionalmente, que dicho funcionario tenga mando o ejerza jurisdicción. El funcionario, además, se encontrará en un plano de dependencia y subordinación jerárquica respecto de la autoridad.

Las autoridades se caracterizan por poseer poder de mando o jurisdicción propia. La noción de mando se vincula con la capacidad de coerción en sentido jurídico⁷⁹. Por su parte, la noción de jurisdicción se refiere a la potestad de resolver asuntos de cualquier índole sometidos a la consideración del funcionario, lo que implica la aplicación del derecho objetivo⁸⁰. Se trata, en suma, de la capacidad de dictar

⁷⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., «Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente», cit., p. 3; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 678.

⁷⁶ Por ello, se ha dicho que «el Código Penal no contiene un concepto de funcionario, sino más bien unas pautas para determinar en cada caso quien lo sea». Así, GISBERT CASASEMPERE, R., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 104, julio-diciembre 2015, p. 109.

⁷⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», cit., p. 159.

⁷⁸ Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», cit., p. 158.

⁷⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 27; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 558; JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 168.

⁸⁰ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 28; JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 168; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1121.

resoluciones⁸¹. La potestad de resolución puede versar tanto sobre asuntos jurisdiccionales como administrativos⁸², sin que se limite, pese a su nombre, a la potestad de juzgar que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales (art. 117.3 CE). En este sentido, GÓRRIZ ROYO⁸³ recuerda que «lo que singulariza el concepto de jurisdicción es el sentido coloquial del término, en tanto no sólo abarca la potestad de juzgar sino también la de resolver asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que tenga competencia propia». Esta capacidad de jurisdicción no se restringe a los funcionarios cuyas resoluciones agotan la vía administrativa⁸⁴. En todo caso, la jurisdicción ha de ser propia, y no delegada por otra autoridad⁸⁵.

Para integrar el concepto de funcionario público, deben darse los dos requisitos que exige la redacción del art. 24.2 CP: la participación en el ejercicio de funciones públicas y hacerlo bajo título habilitante. No basta con que se cumpla uno solo de ellos; ambos han de concurrir simultánea o cumulativamente. La ausencia de cualquiera de tales requisitos implica que no se ostenta la condición de funcionario público a efectos penales⁸⁶. NIETO MARTÍN⁸⁷ ha señalado con acierto que, cuando el requisito orgánico —esto es, que la persona forme parte de la Administración— es indiscutible, el elemento funcional pierde relevancia; por el contrario, cuando el encuadramiento orgánico no es tan concluyente, adquiere mayor peso el componente funcional de ejercicio de una actividad pública.

En cuanto a los títulos de habilitación, quienes participan en el ejercicio de funciones públicas deben hacerlo en virtud de disposición inmediata de la ley, de elección o de nombramiento por autoridad competente. No se considerará funcionario a efectos penales a quien realice funciones públicas a través de una forma no reconocida por el art. 24.2 CP⁸⁸. Debe mantenerse, en primer lugar, un concepto amplio

⁸¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 27, 1985, pp. 98-99.

⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 970.

⁸³ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 558.

⁸⁴ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁸⁵ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 28.

⁸⁶ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 22; ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 62.

⁸⁷ NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 338.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 968.

de ley, que comprenda no sólo la ley formal emanada del parlamento, sino toda disposición de rango general⁸⁹. La elección debe realizarse mediante voluntad popular, y el nombramiento de la autoridad competente, como bien destaca C. MIR PUIG⁹⁰, se refiere a los cargos de libre designación, a los funcionarios interinos, a los contratados administrativos y al personal laboral. Tal nombramiento debe provenir de una «autoridad competente», lo que exige la existencia de una potestad legalmente reconocida para realizarlo, entendiendo el término ley en un sentido amplio⁹¹.

Precisar la noción de función pública es una cuestión compleja. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia adoptan una tesis mixta o ecléctica, según la cual deben estar presentes tres requisitos para que pueda afirmarse que se realiza una función pública: actividad desarrollada por un órgano o ente público (requisito subjetivo), mediante actos sometidos al derecho público (requisito objetivo) y que tal actividad esté orientada al bien común (requisito teleológico)⁹². En la jurisprudencia, esta tesis ecléctica ha sido acogida expresamente, entre otras, por la STS 1125/2011, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7290), matizando, en cuanto al criterio objetivo, lo siguiente: «aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas». En la STS 2340/2001, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:9659) se señaló en relación con la actividad de una caja de ahorros que esta «no supone el ejercicio de una función pública, ni está sometida al Derecho público, ni persigue fines estrictamente públicos pese al indiscutible interés social que dicha actividad reviste».

Otros autores prescinden del requisito objetivo, bajo el argumento de que «mediante el mismo se estaría sustrayendo del control del Derecho penal a la actividad de la Administración desplegada por empresas, organismos o entes públicos sometidos a un régimen jurídico-privado, o por los particulares concesionarios de servicios públicos», pero excluyendo del cerco de la tutela penal las sociedades mercanti-

⁸⁹ Vid. JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 164-165; RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., pp. 194 y ss.

⁹⁰ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 45.

⁹¹ JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 167.

⁹² Por todos VIVES ANTÓN, T.S., «Detenciones ilegales», en VIVES ANTÓN, T.S./GIMENO SENDRA, J.V., *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 51. Sobre las distintas teorías para concretar qué es una función pública, vid. ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., pp. 64 y ss.

les de capital mayoritariamente público que persiguen una finalidad exclusivamente comercial⁹³.

Por lo demás, interesa una participación efectiva o real en tales funciones, pues de ello depende la correcta ejecución del servicio público⁹⁴.

1. Aplicación al caso del profesorado universitario

En relación con la materia de este trabajo, podrían considerarse funcionarios públicos, a efectos penales, no sólo los catedráticos de universidad —como reconoce la STS de 26 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13656)— y los profesores titulares (indirectamente, la SAP Málaga 118/2019, de 29 de marzo —ECLI:ES:APMA:2019:3126; y SAP Granada 168/2016, de 18 de marzo —ECLI:ES:APGR:2016:1241), ambos funcionarios conforme a la normativa administrativa, sino también el profesorado contratado laboralmente por las universidades públicas, ya sea con vinculación indefinida o temporal.

Esto se debe a que, como se indicó anteriormente, lo relevante en el ámbito jurídico-penal es la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, siempre que exista una habilitación previa para ello en cualquiera de las formas o vías que contempla el art. 24.2 CP. La noción penal amplía el concepto más allá del vínculo estatutario para centrarse en la función pública efectivamente ejercida. Cuando se ostentan facultades resolutorias propias, estamos ante la figura de la autoridad penal. En todo caso, esta condición de funcionario penal quedará limitada a la participación efectiva en la función pública, sin alcanzar a actividades de carácter privado (respecto de las que será considerado un simple particular).

Es totalmente indiferente, a estos efectos —por poner algunos ejemplos— que el profesorado pertenezca o no a la carrera académica, que su plaza sea fija o temporal, el régimen de dedicación (tiempo completo o parcial), la capacidad docente máxima o la retribución percibida. El profesorado emérito puede incluirse sin dificultad en la noción penal de funcionario público, al igual que los contratados

⁹³ JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 160. Siguiendo también una tesis subjetivo-teleológica, ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., pp. 70 y ss.

⁹⁴ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 553.

predoctorales y los investigadores posdoctorales, incluso aunque no realicen funciones docentes.

De conformidad con la normativa universitaria vigente (Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario; en adelante, LOSU), entre los contratados laborales, se encuentran: profesores ayudantes doctores (art. 78), profesores asociados (art. 79), profesores sustitutos (art. 80), profesores permanentes laborales (art. 82), profesores visitantes (art. 83) y profesores distinguidos (art. 84). La contratación de estos dos últimos, así como el nombramiento del profesorado emérito (art. 81), no requiere la realización de concurso público. Los contratados laborales pueden ser indefinidos o temporales. Son personal indefinido los profesores permanentes laborales y, desde la entrada en vigor de la LOSU, también los profesores asociados (aunque su dedicación es a tiempo parcial). Por su parte, los temporales son los profesores ayudantes doctores, los profesores visitantes, los profesores distinguidos y los profesores sustitutos. La relación del profesorado emérito con una universidad también es de carácter temporal. No se exige título de doctor para acceder a las plazas de profesor asociado, profesor sustituto ni profesor visitante en una universidad pública española. En el caso del profesorado distinguido, la LOSU no exige expresamente poseer el título de doctor.

En sentido administrativo, el acceso a la condición de empleado público difiere según se trate de funcionarios o de personal laboral. En el caso de los funcionarios, dicha condición se adquiere mediante la toma de posesión que sigue a su nombramiento por la autoridad competente. En el caso del personal laboral, se produce con la suscripción del contrato de trabajo, lo que, generalmente, al menos en el ámbito universitario, suele ocurrir tras la propuesta del candidato en un concurso público (aunque esto dependerá de la concreta figura docente).

Lo anterior no presenta particularidades respecto del profesorado universitario. Una vez adquirida la condición de personal docente, deberán realizarse las funciones propias del puesto, tales como impartir docencia y calificar las asignaturas. Ahora bien, la participación del profesorado en actividades fuera de su universidad, como, v. gr., formar parte de una comisión evaluadora en un proceso de selección, requerirá de una designación expresa y específica por parte de la autoridad competente. El nombramiento de las comisiones de selección corresponderá al rector o rectora de la universidad convocante de la plaza. Para participar como miembro de una comisión de selección o de un tribunal de tesis doctoral en otra universidad, es necesario contar con la autorización previa de la universidad en la que el profesor presta sus servicios.

En sentido penal, la habilitación de los funcionarios de carrera tiene lugar por «disposición inmediata de la ley»⁹⁵, expresión «ley» a interpretar, como se dijo, en sentido amplio. Por otro lado, bajo la fórmula del «nombramiento», cuyo objeto inicial, como recuerda JAVATO MARTÍN, era «conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas en razón de la libre designación»⁹⁶, queda comprendido el personal laboral y también el profesorado emérito⁹⁷.

Ahora bien, dado que el sistema universitario español está conformado por universidades públicas y privadas, a las que se añaden los centros privados adscritos, cabe preguntarse si el profesorado de una universidad privada puede ser considerado funcionario público a efectos penales y, por consiguiente —aunque dejando constancia de que este es sólo un primer requisito al que se añade, entre las exigencias relativas a la autoría, el tener capacidad decisoria propia o por vía de delegación⁹⁸— autor de un delito de prevaricación administrativa.

A nuestro juicio, si adoptamos la tesis ecléctica mayoritaria en orden a precisar lo que constituye una función pública, en el caso de las universidades privadas no se cumpliría ni el requisito subjetivo ni, en su totalidad, el objetivo. Además, en relación con el elemento teleológico, la actividad de estas instituciones no se orienta exclusivamente a fines educativos o de investigación⁹⁹, sino que dichos fines se

⁹⁵ Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de política criminal*, n.º 62, 1997, pp. 453 y ss. De la misma idea, JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 165; RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., pp. 195-197 y 204.

⁹⁶ JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 166.

⁹⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., p. 204.

⁹⁸ En sentido, más general, vid. RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», p. 205, señalando que «afirmar que una persona tiene la condición de funcionario público penal no implica sostener también su aptitud para ser considerado sujeto activo de todo delito cuya autoría esté limitada a funcionarios públicos, pues no debe olvidarse que las figuras de la parte especial frecuentemente exigen, expresamente, que el funcionario público abuse de su cargo, lo cual implica la posesión, por parte del funcionario público, de determinadas competencias».

⁹⁹ Según la STC 176/2015, de 22 de julio de 2015, «debe tenerse en cuenta además, que todas las universidades sin distinción, también por tanto las de titularidad privada (art. 3.2 LOU), realizan un “servicio público de educación superior” a través de las funciones que les asigna la Ley Orgánica de universidades en su art. 1.2: la “creación, desarrollo, transmisión y crítica” de la ciencia, la técnica y la cultura, así como la preparación para el ejercicio de actividades profesionales; funciones todas

combinan — e incluso quedan subordinados a ellos— con intereses privados o mercantiles. Por todo esto, hemos de descartar ya que el profesorado de las universidades privadas, sea cual sea su categoría, pueda ser subsumido en el concepto penal de funcionario público. En cualquier caso, debe reiterarse que no basta, para ser funcionario público penal, con participar en una actividad que tenga la consideración de función pública; es necesario, además, hacerlo a través de un título habilitante siempre que sea de los que menciona el art. 24.2 CP. Si no se participa en una función pública, no hay lugar a entrar a valorar si existe título habilitante para ello.

Según BUSTILLO BOLADO, la diferencia entre universidades públicas y universidades privadas no es de tipo funcional, sino genético, radicando «en cómo nacen, es decir, en su distinta forma de creación (en el caso de las Universidades públicas) o reconocimiento (en el caso de las Universidades privadas) por parte de los órganos legislativos competentes en cada caso. No puede formar parte del sistema universitario español ninguna Universidad que no haya sido expresamente creada o reconocida, según corresponda, por las Cortes generales o por un parlamento autonómico»¹⁰⁰.

Es necesario que exista una participación efectiva en el ejercicio de la función pública. Desde luego, en el caso de las universidades públicas, se cumplen claramente los requisitos antes señalados: forman parte del denominado sector público institucional (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)¹⁰¹, están sometidas —aunque con matices en los que no podemos entrar— al derecho público y persiguen fines de interés público o general. Aquí partimos, con MATIA PORTILLA, de la consideración de que las funciones de

que han de prestar siempre “al servicio de la sociedad”. Ello explica también que la ley de reconocimiento de las universidades privadas, exigida por el art. 4.1 LOU, venga precedida por la fijación por el Gobierno estatal de “los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las universidades públicas y privadas ... siendo, en todo caso, necesaria para universidades públicas y privadas la preceptiva autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las Comunidades Autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (art. 4.4 LOU)” [STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 10]. El control del Estado, sin embargo, no se agota únicamente en ese acto inicial de reconocimiento, sino que se proyecta también en su funcionamiento, como sucede con los preceptos de la LOU que ahora se enjuician».

¹⁰⁰ BUSTILLO BOLADO, R.O., «Creación de universidades públicas, reconocimiento de universidades privadas y adscripción de centros universitarios», en HORGUÉ BAENA, C., *La nueva ordenación de las universidades. Estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 76.

¹⁰¹ Reconociendo que la universidad pública es Administración pública (institucional), vid. la STS 1536/2022, de 22 de noviembre, sala tercera (ECLI:ES:TS:2022:4334).

la universidad son: contribuir de manera decisiva al avance del conocimiento; prestar conocimiento técnico al servicio de la sociedad y formar nuevas élites intelectuales¹⁰². Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que las universidades públicas puedan contar con fundaciones propias, a través de las que, como bien señala el citado autor, «pretenden actuar con mayor margen de actuación, liberándose de la rigidez propia del Derecho Público»¹⁰³.

Las universidades públicas son entes de derecho público con personalidad jurídica propia, que desarrollan sus funciones en régimen de autonomía. Algunas son de ámbito estatal (la UNED y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo), mientras que la mayoría son de ámbito autonómico. Gozan de autonomía académica, organizativa, económica y de gestión dentro del marco legal vigente. Se rigen por la legislación estatal y autonómica en lo que les resulte preceptivo, por la ley de su creación y por sus propios estatutos. Sus actos, en general, son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, las universidades privadas tienen la naturaleza jurídica de personas jurídicas de carácter privado, pudiendo adoptar, entre otras, la forma de sociedad mercantil, sociedad cooperativa o fundación (en este último caso, si no tienen ánimo de lucro), sin perjuicio de su necesario y posterior reconocimiento por ley *ad hoc*, autonómica o estatal¹⁰⁴. No forman parte del sector público ni dependen directamente de la Administración, aunque están sometidas a tutela administrativa en cuanto a su creación, la autorización de titulaciones o la acreditación de su profesorado. Su régimen jurídico se rige, básicamente, por el derecho privado, si bien están sujetas —como no puede ser de otro modo— al cumplimiento de la normativa universitaria (estatal y autonómica). Su financiación es mayoritariamente privada, aunque pueden recibir fondos públicos, por ejemplo, para proyectos de investigación o programas de becas. En suma: la actividad de una universidad privada se desarrolla en el ámbito del derecho privado y al margen de la estructura administrativa del Estado. Todo su personal, por otra parte, es de carácter laboral, aunque esto, por sí

¹⁰² MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024, pp. 23-24.

¹⁰³ MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», *RGDC*, n.º 37, 2022, p. 12.

¹⁰⁴ Vid. BUSTILLO BOLADO, R.O., «Creación de universidades públicas, reconocimiento de universidades privadas y adscripción de centros universitarios», cit., pp. 78 y ss.

mismo considerado, no sería un obstáculo para considerar a alguien funcionario público a efectos penales¹⁰⁵.

Por todo ello, el profesorado de una universidad privada no podría incurrir en ningún delito donde la cualidad de funcionario público sea elemento de la tipicidad objetiva, como sucede en la prevaricación administrativa (aunque en este delito, como sabemos, a la cualidad de funcionario se añade la exigencia de poseer facultades decisorias). Esta exclusión no depende de las formas de contratación, sino de que, como se ha dicho, los profesores de universidades privadas, como tales, en el desempeño de sus tareas ordinarias, no participan en el ejercicio de una función pública según debe ser esta entendida en el Derecho penal —según la tesis ecléctica acogida—. Una conducta irregular podría dar lugar únicamente a responsabilidad civil o responsabilidad disciplinaria, en los términos establecidos en el contrato o acuerdo de colaboración de naturaleza mercantil que rijan la relación entre las partes (universidad y personal colaborador) y, en su caso, conforme al convenio colectivo aplicable al personal de las universidades privadas.

Excepcionalmente (y dado que la normativa universitaria estatal lo permitiría), sin embargo, un profesor de universidad privada que sea nombrado por una universidad pública para formar parte en la misma de un tribunal de tesis doctoral o de una comisión de selección de profesorado sí que podría incurrir, en principio, y valorando únicamente esta cuestión desde la perspectiva del sujeto activo, en el delito de prevaricación del art. 404 CP, aunque únicamente en el marco específico de esas funciones. Debe existir, no obstante, un acto administrativo expreso emitido por la autoridad competente de la universidad pública (el rector), mediante el cual se designe y habilite formalmente a tal persona para intervenir en ese procedimiento. Este nombramiento reviste carácter oficial y duración limitada; durante su vigencia, el profesor de universidad privada participará en el ejercicio de funciones públicas, adquiriendo entonces la condición de funcionario público penal. Ese nombramiento tendría encuadre en el art. 24.2 CP, aunque sea limitado y temporal. Competente para realizar tal nombramiento es el rectorado. Como explican HERNÁNDEZ

¹⁰⁵ Según MATIA PORTILLA, «en el caso de las Universidades públicas estamos ante Administraciones cuya actuación se ve delimitada por el Derecho administrativo y condicionada por decisiones previas adoptadas por poderes públicos (por ejemplo, en lo que atañe a la financiación). Las Universidades privadas pueden tener su origen en entidades de muy distinta índole y contar con fondos propios. Además, su personal es siempre laboral, sin que se vea lógicamente afectado por la relevante normativa sobre empleados públicos». «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., p. 8.

MARTÍN/BETTSCHEN CAPA¹⁰⁶, los integrantes de las comisiones de selección provienen de distintas universidades, pero prestan sus servicios a la universidad convocante del concurso para la satisfacción de una necesidad específica, por lo cual dependerán de esta en lo que respecta a la función juzgadora y estarán sometidos en su actuación a su supervisión y control.

No nos encontramos, en estos casos, propiamente en el ámbito de la enseñanza —lo que resulta aún más evidente en los supuestos de pruebas selectivas—, pero también se realizan funciones públicas. En lo que respecta a la selección del profesorado de las universidades públicas, estamos ante la provisión de una plaza de empleado público, que debe llevarse a cabo siguiendo un procedimiento administrativo regulado por normas de derecho público y en el que habrán de respetarse los principios constitucionales que rigen el acceso la función pública. La resolución del concurso afecta indudablemente al interés público: la educación pública universitaria y, además, se realizarán —aunque ello dependerá de la categoría de profesorado— tareas investigadoras por parte del profesor, de cuyos resultados se beneficiará no sólo la comunidad académica, sino también el conjunto de la sociedad. En el caso de los tribunales de tesis, por su parte, se designa a un órgano oficial encargado de evaluar y calificar el trabajo presentado por el doctorando, el tribunal dicta una resolución que tiene efectos oficiales, conducente a la obtención de un título válido en todo el territorio nacional, que facultará a su titular para disfrutar de los derechos que le reconozcan las disposiciones legales vigentes, y todo ello se rige igualmente por el derecho público. Este último supuesto puede generar algunas dudas, porque en las universidades privadas también se realizan y defienden tesis doctorales. Esto nos hace ver que lo fundamental, para determinar si estamos ante una función pública, es el requisito subjetivo al que antes se aludió¹⁰⁷: que la actividad sea realizada por un órgano o ente público. De seguir un criterio exclusivamente teleológico, según el cual se consideraría función pública aquella actividad que persiga un interés general o el bien común, no habría problema en considerar que un colegio o una universidad privados realizan funciones públicas y que todo el personal

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», *Diario La Ley*, 2001, p. 7.

¹⁰⁷ Ya con carácter general, vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., *passim*.

que participe en las mismas tendría la consideración de funcionario público penal¹⁰⁸.

Por otra parte, aunque en la práctica resulte inimaginable que un profesor de universidad privada adopte una resolución fuera del marco del procedimiento para el cual ha sido autorizado a intervenir, parece procedente limitar, en este caso, las posibilidades de prevaricación al ámbito de sus competencias específicas. Su habilitación es excepcional, puntual y limitada; su competencia, circunstancial y concreta; y no forma parte de la estructura orgánica de la universidad pública¹⁰⁹. Sólo puede actuar válidamente dentro del procedimiento para el que ha sido expresamente habilitado. Fuera de ese marco, carecería de toda competencia, siquiera relativa. En estas condiciones, y desde la perspectiva del art. 404 CP, su conducta prevaricadora sería impune. Además, su habilitación para intervenir en una función pública es limitada.

El profesorado de universidades públicas puede formar parte de comisiones evaluadoras en procesos selectivos tanto en su propia universidad como en otras universidades públicas. En este último caso, deberá contar con la habilitación administrativa correspondiente para integrar el tribunal. Como hemos dicho antes, en cada universidad es el rectorado quien nombra a las comisiones de selección. A efectos penales, no existe inconveniente en considerar como funcionario público a quien participa como miembro de un tribunal en una universidad distinta de aquella en la que ejerce su labor docente.

Descendiendo a la casuística, quien se encuentre contratado simultáneamente —lo que sólo es posible, en principio, si en ambos casos su dedicación es a tiempo parcial— por una universidad pública y una privada, tendrá la condición de funcionario público a efectos penales únicamente en lo que respecta a su vínculo y actividad con la universidad pública, de nuevo a causa de que una universidad privada no es un órgano o ente público.

La condición de funcionario público, a efectos penales, que ostenta un profesor de universidad pública no se proyecta sobre su participación puntual en actividades desarrolladas en una universidad privada, como formar parte de un tribunal de tesis doctoral, dado que dicha actuación tiene lugar en el marco de un ente privado. En tales supues-

¹⁰⁸ Advirtiéndolo, ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 66. Vid. también ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., pp. 602-603.

¹⁰⁹ DE LA MATA BARRANCO exige una «cierta permanencia» en la realización de las actividades de carácter público. «*El funcionario público ante el Derecho penal*», cit., p. 17.

tos, el profesor tendría la consideración de mero particular. Además, considerarle funcionario supondría que pudiera ser, en el contexto de la evaluación y calificación del trabajo doctoral, autor de algunos de los delitos de los funcionarios públicos del Código, mientras que tal posibilidad no se predicaría nunca respecto de los propios profesores de la universidad privada (por no ser, en ningún caso, funcionarios públicos penales). Ahora bien, dicha condición de funcionario se mantiene en lo relativo a su actuación en la universidad pública.

En cualquier caso, aunque se admita que se realiza una función pública, el tipo penal del art. 404 CP exige, en su parte objetiva, el dictado de una resolución en asunto administrativo, que, además, habrá de ser injusta y arbitraria.

C. Conducta típica

Conviene subrayar, antes de nada, que el art. 404 CP no constituye una norma penal en blanco, sino un tipo penal con elementos normativos¹¹⁰.

La conducta típica consiste en que la autoridad o funcionario público, obrando con conciencia de la injusticia de su actuación, dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Tres son los requisitos exigidos por el tipo penal, además de la condición de funcionario público del sujeto activo, a la que ya nos hemos referido: el dictado de una resolución arbitraria; b) que dicha resolución recaiga en un asunto de carácter administrativo; y c) que el funcionario haya obrado a sabiendas de la injusticia de su actuación. A continuación, procederemos al análisis de cada uno de estos elementos, siguiendo este orden: asunto administrativo, dictado de una resolución arbitraria y, por último, el elemento subjetivo «a sabiendas de su injusticia».

1. Asunto administrativo

Asunto administrativo es aquel que está regulado y sometido al Derecho administrativo¹¹¹. Esto «presupone la existencia de un pro-

¹¹⁰ Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 31; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 44.

¹¹¹ MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones acerca del delito de prevaricación. Desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista», *REDS*, n.º 9, julio-diciembre, 2016, p. 20.

cedimiento formal en el que el funcionario deba decidir la aplicación del derecho acordando, limitando o negando derechos subjetivos de quienes sean parte en el mismo» (STS de 3 de diciembre de 1993 — ECLI:ES:TS:1993:8338). Procedimiento, por lo tanto, en el que se aplicarán normas propias del Derecho administrativo, y en el que habrán de observarse determinadas garantías¹¹². En ocasiones se añade por una parte de la doctrina la exigencia subjetiva de que la resolución debe emanar de un órgano decisorio perteneciente a la Administración pública¹¹³.

Algunos autores, recurriendo a una técnica de delimitación negativa (o por exclusión), consideran que asunto administrativo es aquel que no tiene naturaleza política o de gobierno ni jurisdiccional¹¹⁴. El funcionario que dicta la resolución prevaricadora, no obstante, puede pertenecer no sólo al poder ejecutivo, sino también a cualquiera de los otros dos poderes del estado (legislativo y judicial), siempre que intervenga en un asunto administrativo¹¹⁵. Estos sujetos son también funcionarios públicos y, por ejemplo, en el caso de los jueces, podrían actuar en asuntos como subastas o expedientes disciplinarios, que son claramente de índole administrativa¹¹⁶. Si el asunto fuera de naturaleza judicial, nos encontraríamos, en su caso, ante una prevaricación judicial. Los parlamentarios deberían actuar en asuntos desvinculados de su actividad propiamente legislativa. Los miembros de la carrera fiscal, si actúan en el ámbito administrativo, también podrían ser responsables, como autores, de un delito de prevaricación administrativa¹¹⁷.

En la STS 941/2009, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:5849), se recalca que «en relación con esta materia, destaca la doctrina mayoritaria que dicha resolución habrá de versar sobre “asunto administrativo” —cuestión doctrinalmente controvertida—, estar sometida al Derecho administrativo, requerir un procedimiento formal y que, en ningún caso, tenga naturaleza jurisdiccional ni política—».

¹¹² Cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1852; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 243.

¹¹³ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3025.

¹¹⁴ Por ejemplo, GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, cit., p. 367.

¹¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 131; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1852.

¹¹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 10.

¹¹⁷ SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 358», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 680.

C. MIR PUIG, por su parte, estima que los actos políticos sí podrían considerarse resolución, a la vista de la redacción del art. 9.1 CE y de que se someten al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)¹¹⁸.

La resolución arbitraria podría recaer, por ejemplo, en el marco de un concurso interno de la Administración para la provisión de una plaza¹¹⁹, dado que se trata de un procedimiento regulado por normas de Derecho administrativo (entre ellas, las propias bases de la convocatoria), sometido a los principios rectores de la actuación administrativa, así como a los que rigen el acceso al empleo público, y en el que se ejerce una potestad pública por parte de autoridades o funcionarios. Todo ello sin perjuicio de que el resultado del proceso afecte, además, a los derechos subjetivos de los participantes. Idéntica conclusión debe sostenerse si se trata de un concurso-oposición público, abierto a la participación de cualquier persona que reúna los requisitos establecidos en la convocatoria. Ambos supuestos encajan plenamente, por tanto, en el concepto de asunto administrativo a efectos del artículo 404 CP.

La selección del profesorado universitario se realiza, salvo en algún caso residual (profesores distinguidos y visitantes, además de los eméritos), mediante concurso público, aunque para acceder a la mayoría de los puestos a tiempo completo, con excepción de la figura de profesor ayudante doctor, se exige la previa acreditación a la figura correspondiente (o a una superior), expedida por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o por una agencia autonómica de evaluación. A día de hoy, estas últimas sólo pueden conceder acreditaciones para la figura de profesor permanente laboral, o para determinados cuerpos de profesorado autonómico en el caso de las comunidades catalana y vasca.

2. *El dictado de una resolución arbitraria*

La jurisprudencia ha sostenido de manera tradicional que por «resolución», «ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión

¹¹⁸ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 47.

¹¹⁹ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1788.

de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, tales como informes, consultas, dictámenes o diligencias» (por todas, STS 787/2013, de 23 de octubre — ECLI:ES:TS:2013:5318)¹²⁰.

Según constante jurisprudencia, la noción de resolución «comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo» (SSTS 627/2006, de 8 de junio — ECLI:ES:TS:2006:3820; 359/2019, de 15 de julio — ECLI:ES:TS:2019:2355).

No constituye una resolución, según ha afirmado el TS, la simple certificación administrativa (STS 1158/2002, de 20 de junio — ECLI:ES:TS:2002:4566), ni un escrito de alegaciones (STS 2087/2002, de 31 de enero — ECLI:ES:TS:2003:587). En cambio, sí se consideran subsumibles en el concepto de resolución la certificación falsa de fin de obra y las órdenes de pago, igualmente falsas, emitidas por un alcalde (STS 520/2016, de 16 de junio — ECLI:ES:TS:2016:2903). Por otra parte, el funcionario que se limita a ejecutar una resolución dictada por otro no incurre en delito de prevaricación, ya que simplemente cumple con su obligación (STS 26/02/1992 - ECLI:ES:TS:1992:1571). Tampoco es una resolución el hecho de no abstenerse de intervenir en la resolución de un concurso ni de no comunicar al superior la causa de abstención por enemistad manifiesta¹²¹.

La doctrina maneja un concepto de resolución análogo. A modo de ejemplo, según GÓRRIZ ROYO, resolución es «todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los administrados»¹²². Para NIETO MARTÍN, «no cualquier resolución de la Administración puede dar lugar al delito de prevaricación previsto en el artículo 404, sino tan sólo los actos administrativos con contenido decisorio susceptibles de afectar por ello negativamente a los

¹²⁰ Entendiendo que esa es la resolución que resuelve sobre el fondo con eficacia ejecutiva, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1993.

¹²¹ PORTERO GARCÍA, L., «El delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, 2000, p. 3.

¹²² GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 559.

derechos de los ciudadanos o a los intereses generales»¹²³. Se insiste asimismo por la literatura científica en que es irrelevante el envoltorio formal de la resolución, pudiendo ser ésta expresa o tácita, escrita u oral, e incluso adoptarse mediante gestos¹²⁴.

Para MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, con un alcance más restrictivo, la resolución se limita al acto que se pronuncia sobre el fondo del asunto con eficacia ejecutiva: «con independencia de cuál sea la forma que revista la resolución, lo esencial es que ésta posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la Administración»¹²⁵. En el Derecho administrativo (vid. art. 88 y concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), la resolución constituye un tipo de acto administrativo, concretamente aquel que pone fin al procedimiento¹²⁶. Según el art. 88.1, párrafo primero, de la Ley 39/2015: «la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo». Con esta interpretación, las resoluciones intermedias o interlocutorias, al no pronunciarse sobre el fondo del asunto, difícilmente podrían considerarse incluidas en el concepto de «resolución».

La resolución puede recaer tanto en el marco de actividades regladas como en el de actividades discrecionales. En las primeras, la Administración no puede más que limitarse a aplicar la normativa vigente, sin margen de decisión; en las segundas, el ordenamiento permite un cierto margen de apreciación o valoración al órgano actuante. Existen ámbitos, como el de la selección de profesores universitarios, en los que tribunales de valoración cuentan con un amplio margen de discrecionalidad técnica¹²⁷. Si hay conductas prevaricado-

¹²³ NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», en VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 870.

¹²⁴ Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pp. 101 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1088.

¹²⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1852.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», cit., pp. 264-265. Este autor sostiene que «cuando el juez penal enjuicia ese elemento, ha de hacerlo con criterios estrictamente de Derecho Administrativo y nada más que de Derecho Administrativo, como le ordena el artículo 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal».

¹²⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 1.

ras, por existir resolución arbitraria, cuando la actividad es reglada, se producirá una infracción de la norma; si es discrecional, habrá desviación de poder¹²⁸. Según QUINTERO OLIVARES «la desviación de poder es el uso y ejercicio de la competencia administrativa con un fin distinto del que otorga la ley (...) también puede aparecer cuando el acto no persigue un interés público sino un interés distinto o cuando la administración actúa persiguiendo un fin diferente del que establece la ley»¹²⁹. La desviación de poder puede darse tanto cuando se persigue un fin público como cuando se busca un interés privado.

Lo esencial, independientemente de la forma que adopte la resolución, es que ésta posea un carácter decisorio y eficacia ejecutiva. Los actos administrativos que carezcan de dicho contenido decisorio quedarán excluidos del tipo penal. En principio, únicamente los actos resolutorios de carácter definitivo —es decir, aquellos que deciden sobre el fondo del tema sometido al juicio de la Administración—, podrían alcanzar dimensión típica, pero no los actos de trámite que impulsan o preparan la resolución final (vid. STS 507/2020, de 14 de octubre —ECLI:ES:TS:2020:3191). Es preciso que el acto dictado afecte a los derechos de los administrados¹³⁰; por regla general, un acto de trámite no surte efectos directos sobre los ciudadanos¹³¹.

Aunque, como se ha dicho, la resolución debe presentar contenido decisorio, no es necesario que sea firme ni que ponga fin al procedimiento administrativo agotando esta vía¹³². En cuanto a la resolución que decide sobre el fondo, basta con que sea definitiva en la instancia, aunque contra ella pueda interponerse recurso (cfr. STS de

¹²⁸ SERRANO TÁRRAGA, M.D., «Delitos contra la Administración pública, 1», en LACRUZ LÓPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M. (coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, pp. 222-223. En el mismo sentido, vid., SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 252.

PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3526.

¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, G., «La prevaricación y el abuso de poder», *Cuadernos de política criminal*, n.º 132, diciembre 2020, pp. 19-20.

¹³⁰ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1778.

¹³¹ Cfr. CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 5.

¹³² ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 678; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1088. Este autor señala que «es indiferente (...) el momento procesan en el que se produce (no es necesario que la decisión cierre definitivamente el procedimiento principal, no siempre abre la vía de recursos administrativos y puede tratarse de actos de trámite)». Vid. también ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 641 (digital).

28 de diciembre de 1995 — ECLI:ES:TS:1995:6724)¹³³. Para la consumación del delito, tampoco es preciso que la resolución sea firme, resultando irrelevante asimismo que haya sido confirmada o revocada por el superior jerárquico (STS 749/2022, de 13 de septiembre — ECLI:ES:TS:2022:3258).

Una propuesta de resolución, por su parte, en palabras de C. MIR PUIG, «constituye un acto de trámite y sólo será “resolución” cuando sea aceptada o confirmada por el órgano que sí tiene poder decisorio»¹³⁴.

Sobre la consideración de los reglamentos como resoluciones, la doctrina se encuentra dividida. En la jurisprudencia, hay una línea que lo admite (cfr. STS 482/2020, de 30 de septiembre — ECLI:ES:TS:2020:3893). La opinión doctrinal mayoritaria, en cambio, defiende que las leyes, las disposiciones generales y los reglamentos no deben ser considerados resoluciones¹³⁵.

Las mayores dudas se plantean en relación con los actos de trámite. Desde el punto de vista administrativo, los actos de trámite son aquellos que preceden a la resolución final o de fondo y que sirven para prepararla y garantizar su corrección¹³⁶. Algunos actos de trámite, concretamente aquellos a los que se refiere el art. 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, son susceptibles de producir por sí mismos efectos jurídicos. Dichos actos de trámite, conocidos como cualificados, son directamente impugnables.

Un sector de la doctrina científica admite, con razón a nuestro juicio, que ciertos actos de trámite pueden ser considerados como resoluciones, siempre que posean contenido decisorio y afecten a los derechos de los administrados, ya que en esos casos guardan afinidad con los actos definitivos¹³⁷. Un ejemplo claro es el acto por el que se exclu-

¹³³ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 43.

¹³⁴ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., pp. 46-47.

¹³⁵ Por todos, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1852; GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 109-110. Admitiendo, en cambio, los reglamentos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1127; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3026.

¹³⁶ BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de “resolución” del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 240, segundo trimestre de 2025, p. 3.

¹³⁷ De esta idea, entre otros, ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 679; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de pre-

ye a una persona de un proceso selectivo, impidiéndole continuar en el procedimiento, o el acto de incoación de un expediente disciplinario en el que se acuerda una medida cautelar de suspensión de empleo y sueldo (cfr. STS 409/2020, de 20 de julio — ECLI:ES:TS:2020:2496). Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que el precepto legal que nos ocupa sólo habla de «resolución», sin exigir en ningún momento que la misma sea definitiva (es decir, la que se pronuncia sobre el *thema decidendi*)¹³⁸. La jurisprudencia, por su parte, estima, coincidiendo con esta opinión, que «si los actos de trámite tienen contenido decisorio y están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo son resoluciones» (STS 38/1998, de 23 de enero — ECLI:ES:TS:1998:320; SAN 27/2024, de 5 de diciembre — ECLI:ES:AN:2024:6184). Quedarían al margen los actos de trámite meramente preparatorios o impulsores de la resolución final. En consecuencia, aunque no sean actos definitivos, algunos actos de trámite podrían tener contenido decisorio y, en ese orden de cosas, habría que calificarlos y tratarlos como resoluciones, pudiendo ser el funcionario que los emite condenado como autor de un delito de prevaricación si concurren todos los demás elementos típicos.

En la jurisprudencia, se ha ido ampliando progresivamente en los últimos años el concepto de resolución, yendo más allá incluso de la admisibilidad de ciertos actos de trámite como actos resolutorios. En la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881), se consideró que pueden tener la consideración de prevaricadores los actos administrativos previos orientados a influir indebidamente en la voluntad del órgano decisor —en ese caso, se trataba de informes mendaces— cuando se actúa con conocimiento de que dicho órgano dictará la resolución en ese mismo sentido.

En esa resolución se observa que «en el *iter* que supone el expediente administrativo, y se plasma en la resolución formal final confluyen y concurren determinados actos de relevancia que integran el

varicación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 12, en especial; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 51; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1541. Para MANZANARES SAMANIEGO, «sucede, no obstante, que no todos los actos se “dictan” necesariamente, lo que dificulta tal interpretación. Tampoco satisface el requisito de que el acto dimanase de una resolución. Los tipos penales no deben ser interpretados extensivamente». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 1.

¹³⁸ En este sentido, GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, cit., p. 367.

delito de prevaricación. Y ello, en base a la “eficacia determinante” del acto o informe desplegado, que coadyuva a la decisión final que se dicta “a sabiendas de su injusticia”. De esta manera, puede afirmarse que estos actos o informes relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito del art. 404 CP, de tal manera que suponen, y podrían calificarse como “eslabones de relevancia” en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarlos, “decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta”. De esta manera, un informe concluyente y relevante de alta eficacia en la decisión final elaborado en un expediente administrativo puede calificarse como “resolución” en el marco del tipo penal del art. 404 CP, y dentro de la amplitud conceptual con la que esta Sala está considerando en la cadena del tracto sucesivo del expediente administrativo estas decisiones interlocutorias, pero con eficacia en la resolución final del propio expediente».

Asimismo, en la STS 359/2019, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2355), se estimó que los informes vinculantes pueden tener la consideración de resolución a efectos penales. Observamos en esta sentencia que «excepcionalmente pudieran valorarse como resoluciones cuando son vinculantes y quien dicta la resolución necesariamente actúa condicionado por el sentido del informe y debe ajustarse en un todo a sus términos, sin posibilidad de decidir de forma distinta». A ello se añade que «en los demás casos, cuando el informe no es vinculante, su existencia, e incluso su carácter convincente, no excluye la responsabilidad de un órgano distinto al informante que es quien debe dictar la resolución»¹³⁹.

Particularmente en el caso de los informes, la doctrina se muestra contraria a que puedan ser reputados como resoluciones, incluso cuando son vinculantes¹⁴⁰, lo cual no impide, sin embargo, que pueda sancionarse a su emisor como partícipe del delito cometido por quien, con facultades para ello, dicta la resolución¹⁴¹. Bajo la opinión de VIRTO LARRUSCAIN, la conducta de quien se limita a informar sería impune por atipicidad; aunque matiza esta autora que «puede constituir como mucho un acto preparatorio impune si esa

¹³⁹ Vid. con antelación la STS de 17 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:858).

¹⁴⁰ Por todos, VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., pp. 131 y 144-145; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1853; CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., p. 191.

¹⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 50 y 53.

clase de delito no lo castiga expresamente»¹⁴². FEIJOO SÁNCHEZ, en la misma línea, y desde la perspectiva de quién puede ser autor del delito de prevaricación, señala que «los funcionarios que intervienen en el procedimiento administrativo mediante informes, asesoramiento o propuestas que favorecen las resoluciones no pueden ser considerados autores del delito de prevaricación. Estas personas no resuelven»¹⁴³. De la misma opinión que el anterior es ROLDÁN BARBERO¹⁴⁴ en relación con aquellos funcionarios que intervienen en el procedimiento administrativo mediante informes, propuestas o aprobaciones iniciales.

El punto álgido de esta interpretación extensiva del término «resolución» se alcanza con la STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258). Según esta sentencia, debe entenderse por resolución «no sólo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que a pesar de no ser conclusivos tengan un contenido material sustantivo de suerte que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento». Asimismo, se indica allí que «los pronunciamientos de esta Sala permiten sostener que el concepto de resolución al que alude el artículo 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley»¹⁴⁵.

En esta sentencia se estimó que la elaboración de anteproyectos de ley y su posterior aprobación como proyectos de ley quedan inclui-

¹⁴² VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., pp. 141, 151 y 133. Vid. también PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», cit., p. 3830. Según CATALÁN SENDER, «si el funcionario evacuó un informe injusto, pero la resolución no llegó a dictarse, dicho funcionario podría responder aún como provocador del delito, pero sólo en el caso de que el informe se hubiera declarado previamente como vinculante, teniendo cabida en este delito». *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 42.

¹⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1089.

¹⁴⁴ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 673.

¹⁴⁵ Según CADENA SERRANO, «a la vista de los hechos de este caso y de la argumentación de las sentencias, podría considerarse que también tiene eficacia determinante la voluntaria omisión de la incorporación al expediente de documentos o informes que deberían haberse unido, y que determinarían que no se hubiera adoptado la resolución arbitraria, es decir una omisión intencionada». «Ampliación de la interpretación del concepto de “resolución” en el delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9468, 2019, p. 13.

dos bajo el concepto de resolución; sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 3/2024, de 19 de junio, declaró que, con tal exégesis, se había vulnerado el principio de legalidad (art. 25.1 CE), «por haber efectuado los órganos judiciales cuyas resoluciones se recurren una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal que no se corresponde con la interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica». El TC consideró que tales actuaciones no constituyen resoluciones y que no se produjeron en el marco de un asunto administrativo, encuadrándose más bien en el ámbito de una función de gobierno. Ciertamente, la jurisprudencia del TS venía sosteniendo de manera pacífica que los actos de gobierno no constituyen asuntos administrativos.

En un ejercicio de notable ampliación del concepto de resolución, se ha llegado a admitir por la doctrina jurisprudencial que algunos actos administrativos previos a la resolución definitiva dentro del expediente administrativo, aunque formalmente de trámite, pueden ser por sí mismos prevaricadores, siempre que constituyan «decisiones» relevantes, que influyan directa y decisivamente en la resolución final o definitiva que se pronuncia sobre el fondo del asunto sometido a la consideración de la Administración. La clave radica en la «eficacia determinante» de dichos actos. El Alto Tribunal entiende que estos actos forman parte del *iter* que conduce a la resolución (final) injusta y arbitraria, hasta el punto de que son los que provocan en realidad que ésta adolezca de ese carácter, adquiriendo por ello su pronunciamiento trascendencia típica. Han sido calificados como «eslabones de relevancia» o «decisiones interlocutorias de alto grado», por su capacidad de influir no sólo en el sentido de la resolución final, sino también —y esto es lo esencial— en cuanto determinan su injusticia y arbitrariedad. En tales supuestos, los responsables del delito, en concepto de autores, serían quienes elaboran efectivamente la propuesta o el informe, pues se considera que han dictado una «resolución».

Ciertamente, existen actos que, aun siendo formalmente de trámite, presentan un contenido inequívocamente decisorio desde el plano material; es decir, son los que verdaderamente dan color a la resolución final que dicta el órgano competente. Si estos actos, pese a que carecen por sí mismos de eficacia jurídica y no afectan a derechos de los administrados, resultan absolutamente determinantes para el desenlace del expediente administrativo, quizá no tenga mucho sentido, por razones eminentemente de justicia material, o de *equidad*, excluirlos del concepto penal de resolución. Máxime cuando, tratándose, por ejemplo, de las propuestas de un tribunal de oposición o de un concurso para la provisión de una plaza en la Administración pú-

blica, o de informes con los que obligatoriamente se debe contar para dictar la resolución, el órgano decisorio se limita en la práctica —sean o no vinculantes— a firmar la resolución, acogiendo íntegramente su contenido. Quienes elaboran informes falsos o proponen de manera arbitraria que la plaza convocada en un concurso sea ocupada por un candidato que no lo merece suelen actuar así porque saben que el órgano competente para decidir se pronunciará en el sentido por ellos indicado, sobre todo si se trata de ámbitos altamente especializados, respecto de los cuales el conocimiento del órgano decisorio es escaso o nulo. El propio procedimiento administrativo favorece que quien emite un informe o propone a un candidato tenga un poder determinante sobre la resolución final. Ello es muy claro, por ejemplo, en el ámbito de la selección del profesorado universitario cuando debe haber concurso: la comisión designada al efecto, que posee conocimientos especializados en la materia a la que se refiere la plaza, valora a los candidatos con un margen significativo de discrecionalidad y propone —con carácter vinculante, además— la provisión de la plaza al rectorado.

No se habla de actos de trámite carentes, en suma, de toda trascendencia, meramente jalonadores del procedimiento, sino de aquellos que verdaderamente configuran el contenido de la resolución que con posterioridad se dicta. El expediente, en verdad, no se resuelve formalmente por quien realiza el acto de trámite, emite el informe o formula la propuesta de contratación; sin embargo, su intervención puede condicionar decisivamente la decisión de fondo, hasta el punto de estar resolviendo materialmente, viciándola en su origen y convirtiéndola por tanto en arbitraria. Desde la perspectiva material, son actuaciones, además de injustas, arbitrarias y calificables como prevaricadoras. En estos casos, ya se produce una actividad administrativa arbitraria que quiebra el normal funcionamiento de la Administración pública¹⁴⁶.

Esta interpretación resulta adecuada desde el punto de vista político-criminal¹⁴⁷, pues de otro modo, si damos por bueno que la resolución sólo es la definitiva, se generaría una relevante laguna de punibilidad en aquellos supuestos en que un órgano administrativo, sin ser consciente de obrar arbitraria e injustamente (porque resuelva engañado, por ejemplo), dicta una resolución de fondo acogiendo el

¹⁴⁶ REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., p. 103.

¹⁴⁷ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 642 (digital).

contenido de una propuesta ilegal y arbitraria. La autoridad o funcionario que resuelve engañado, verbigracia, por falsificaciones documentales, no prevarica, por más que dicte una resolución arbitraria, como bien ha destacado MUÑOZ CLARES¹⁴⁸.

Con el concepto tradicional de resolución, e incluso con su ampliación a los actos de trámite cualificados, no cabría hablar de prevaricación en la toma o adopción de dicha propuesta (o informe, en su caso), aunque la misma tuviera una eficacia determinante sobre la resolución definitiva.

Lo que se quiere señalar, en conclusión, es que no se podría exigir responsabilidad penal, en concepto de autor, ni a quien dicta la resolución sobre el fondo cuando se limita, en la práctica, únicamente a firmarla, pese a ser arbitraria e injusta, al no concurrir en su caso el elemento subjetivo del tipo, ni a quien elabora el informe o formula la propuesta, en este caso por atipicidad de su conducta, dado que no habrían dictado ninguna resolución. Con el concepto amplio de resolución, dichos actos administrativos previos, en cambio, no quedarían excluidos del ámbito de tutela penal.

El concepto amplio de resolución se ajusta, además, a la realidad procesal de los expedientes complejos y permite una mayor protección frente a actuaciones administrativas arbitrarias.

La duda, sin embargo, es si tal interpretación no desborda la legalidad penal, y, en particular, la garantía de *lex stricta*¹⁴⁹. Se ha apuntado, con fundamento, que la interpretación extensiva genera inseguridad jurídica para los destinatarios de las normas¹⁵⁰. Es muy discutible que una propuesta de adjudicación de una plaza¹⁵¹ o un informe, aun siendo decisivos para el fondo, puedan considerarse como resolución y, por ende, que su emisión pueda reputarse como un acto de prevari-

¹⁴⁸ MUÑOZ CLARES, J., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», cit., p. 12.

¹⁴⁹ Defendiendo la interpretación amplia, MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», *La Ley Penal*, n.º 164, 2023, pp. 2 y 10 y ss. Y así afirma que «un informe concluyente y relevante de alta eficacia en la decisión final elaborado en un expediente administrativo puede calificarse como “resolución” en el marco del tipo penal del artículo 404 CP».

¹⁵⁰ BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de “resolución” del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», cit., p. 13.

¹⁵¹ No parece encontrar problema en ello, en cambio, SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 41.

cación aislado (autónomo), porque carecen de efectos jurídicos y no crean, modifican o limitan derechos. A lo sumo, especialmente en el caso de las propuestas, generan meras expectativas. En definitiva, la propuesta de una comisión de selección no produce efectos jurídicos por sí sola, aunque pueda condicionar de manera decisiva la resolución posterior que sí los generará.

Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que sí que se tipifica expresamente como delictiva la conducta de informar favorablemente en el ámbito de las prevaricaciones específicas de los arts. 320, 322 y 329 CP¹⁵², lo que evidencia que el legislador es consciente de que los informes no son resoluciones y de que, sin una previsión expresa al respecto, no puede sancionarse como autor de un delito de prevaricación a quien los emite. Esta realidad sirve como argumento sistemático para excluir los informes del tipo del art. 404 CP¹⁵³. La tipificación autónoma de la emisión de informes arbitrarios en esos otros preceptos se debe, según CANTERO CERQUELLA¹⁵⁴, a la capacidad de influencia que ejercen sobre la resolución que dictará el órgano competente, especialmente cuando, por lo general, el funcionario responsable de dictar la resolución no es experto en la materia.

A nuestro juicio, aunque no falta quien ha puesto en duda la conveniencia de una reforma legal en tal sentido¹⁵⁵, sólo *de lege ferenda* podría corregirse la laguna de punibilidad aludida¹⁵⁶, pues la conducta de realizar propuestas o informar es, hoy por hoy, atípica desde la perspectiva del art. 404 CP¹⁵⁷. Algunos autores, en esta línea, se han posicionado a favor de la tipificación de la emisión de informes

¹⁵² Vid. REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 101-102.

¹⁵³ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 46; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., pp. 132-133. Dando la vuelta al mismo argumento, para incluirlos, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997, p. 360.

¹⁵⁴ CANTERO CERQUELLA, C.J., *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Reus, Madrid, 2010, p. 245.

¹⁵⁵ Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», *passim*.

¹⁵⁶ En este sentido, vid., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 371.

¹⁵⁷ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 103-104; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1994. Vid. también ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 642 (digital).

contrarios a la legalidad administrativa cuando resulten idóneos para condicionar el contenido de las resoluciones que puedan llegar a adoptarse, entre otras razones, por coherencia sistemática e idoneidad para poner en grave y concreto riesgo el bien jurídico tutelado¹⁵⁸. En nuestra opinión, por esas mismas razones, dicha tipificación debería extenderse también a las propuestas formuladas por los tribunales de oposición y las comisiones de selección del personal al servicio de las administraciones públicas. E incluso también a las propuestas de resolución si estas emanan de un órgano distinto de aquel que ostenta el poder decisorio para adoptar la resolución de fondo.

Entre tanto, si una conducta no está tipificada —y esto sucede claramente con las propuestas y la emisión de informes en el delito de prevaricación del art. 404 CP—, el órgano enjuiciador, al acusado por prevaricación por realizar estas conductas, «no tiene más remedio que absolverle, sin caer en la tentación de condenarle mediante una “sentencia creativa”, aun cuando responda a razones de “justicia material”, supuesto que también se puede producir cuando, concurriendo vicios de nulidad como el de una prueba ilícitamente obtenida, por idénticas razones se soslaya la obligada absolución, mediante fraude de ley, algún sesgo cognitivo o, en definitiva, un sofisma, condenando indebidamente al acusado». Así lo ha señalado, con su habitual claridad, el profesor RODRÍGUEZ RAMOS¹⁵⁹.

En definitiva, si no se admite que un acto previo o intermedio pueda ser en sí mismo una resolución, entonces no puede haber autoría —¡no hay delito!, por atipicidad de la conducta— por parte del informante u órgano proponente. Sólo podrían ser sancionados como partícipes, pero siempre que se cumplan los requisitos para ello¹⁶⁰. En el caso de informes o propuestas procedentes de una comisión de

¹⁵⁸ REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 102-103.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luz y sombras de las SSTC sobre los ERE andaluces», *Diario La Ley*, n.º 10597, 2024, p. 12. Dice este autor, además: «como alternativa a dictar las indebidas “sentencias creativas”, la Sala de lo penal del TS debería ejercer la facultad prevista en el artículo 4.2 CC, instando al Gobierno a que proponga un proyecto de reforma del Código penal tipificando como delito ese comportamiento entonces impune. En el mismo sentido debería también ejercitar la facultad de instar la destipificación prevista en el artículo 4.3. CP» (p. 13).

¹⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1089; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1850-1851; CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., p. 191 (concretamente en relación con la emisión de informes).

selección de personal o de un tribunal de oposición podríamos estar ante una cooperación necesaria o ante un acto preparatorio¹⁶¹, previsiblemente impune, dependiendo de si finalmente se dicta o no se llega a dictar la resolución por el órgano decisor.

a) *¿Es posible la prevaricación por omisión?*

Se ha debatido ampliamente en la doctrina la posibilidad de que el delito de prevaricación administrativa pueda ser cometido por omisión, esto es, debido a una inactividad por parte de la Administración pública. En lo que respecta, en primer lugar, a la omisión propia o pura, esta posibilidad debe ser descartada, ya que no se encuentra legalmente tipificada ninguna modalidad omisiva de la prevaricación del funcionariado. En cuanto a la omisión impropia (comisión por omisión), son dos los argumentos que conducen también a su rechazo. Por un lado, el verbo típico dictar exige una actuación positiva¹⁶²; es decir, que haya un pronunciamiento expreso de la Administración, una declaración de voluntad, en definitiva, manifestada positivamente. Por otro lado, estamos ante un delito de mera actividad, y no de resultado, lo que impide, *per se*, la aplicación de lo dispuesto por el art. 11 CP, que únicamente habilita a que los delitos de resultado — como es el caso, por ejemplo, del homicidio— puedan ser cometidos por omisión¹⁶³. Consciente de la dificultad de admitir la comisión por omisión, RODRÍGUEZ RAMOS ha propuesto recientemente modificar el texto penal para que diga que «en la misma pena incurrirán si arbitrariamente se abstuvieran de dictar una resolución incumpliendo el deber de acordarla»¹⁶⁴.

Ahora bien, cuando la resolución se entienda dictada por silencio administrativo, ya sea en un procedimiento iniciado de oficio o a instancias de un ciudadano, tras un período determinado de inac-

¹⁶¹ De esta idea, GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 589.

¹⁶² ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 675; ORTOS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., pp. 1778-1779.

¹⁶³ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 565; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», cit., p. 2550.

¹⁶⁴ Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., pp. 562 y ss.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reinterpretación de la prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9692, 2020, pp. 2-3.

tividad (que es de tres meses generalmente), siempre que exista una obligación expresa de resolver —esto es, de emitir una resolución (art. 21.1 y 21.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre)—, que el funcionario incumple deliberadamente, cabe apreciar la comisión del delito de prevaricación¹⁶⁵. La normativa administrativa contempla que una resolución pueda ser dictada por inactividad, reconociéndole idéntica validez jurídica que a un acto expreso, pues se trata de un verdadero acto aunque surja de la inactividad de la Administración en plazo¹⁶⁶, y, además, hay un dominio del hecho por parte del funcionario público, en la medida en que controla el curso del procedimiento y se sirve del silencio para determinar el contenido de la resolución¹⁶⁷. La omisión debe ser un acto arbitrario y el funcionario habrá de actuar con conocimiento de la injusticia de su obrar.

En cualquier caso, sólo el silencio positivo vincula a la Administración, sin que pueda dictarse una resolución posterior en sentido contrario, por lo que únicamente tendría el carácter de resolución, según han hecho notar algunos autores, el acto presunto por silencio administrativo positivo¹⁶⁸. De conformidad con lo dispuesto por el art. 24.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Como dice BLANCO MONTAÑÉS, mayor dificultad presenta la asimilación en el caso de silencio negativo: «la desestimación presunta es una mera ficción legal que no se traduce en la producción de un verdadero acto, siendo su único efecto el de abrir las vías de recurso, pero sin vincular a la Administración *pro futuro*, de forma que ésta puede separarse del sentido desestimatorio del silencio mediante un acto posterior, sin necesidad de un previo procedimiento revisorio»¹⁶⁹. Algunos autores, no obstante, rechazan de manera absoluta la posibilidad de comisión

¹⁶⁵ De esta tesis, por todos, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1855-1856. Véase, en cualquier caso, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., pp. 3023-3025.

¹⁶⁶ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 99.

¹⁶⁷ CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., pp. 92-93.

¹⁶⁸ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 48; BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de «resolución» del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», cit., p. 3.

¹⁶⁹ BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de «resolución» del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», cit., p. 3.

por omisión¹⁷⁰. En esta línea, según MANZANARES SAMANIEGO, «quien calla, nada dicta»¹⁷¹.

De esta manera, tales supuestos de silencio administrativo (positivo), si concurren los requisitos típicos de arbitrariedad y, además del dolo, el elemento «a sabiendas de su injusticia», estarán comprendidos dentro del tipo penal, sin necesidad de recurrir a ninguna construcción omisiva impropia, como destaca MORILLAS CUEVA¹⁷².

Más ampliamente, MAGRO SERVET admite la prevaricación por omisión del funcionario público «bien porque tenga la responsabilidad de dar respuesta a lo que se le está planteando (impedir evitar dar respuesta a quejas ciudadanas justificadas) y no lo haga, bien porque sea garante de evitar las irregularidades y adopte una postura de no hacer o no actuar»¹⁷³. En todo caso, según señala, la omisión debería considerarse equivalente al dictado de la resolución¹⁷⁴.

En la jurisprudencia del TS, se aprecia que «es admisible la posibilidad de cometer delito de prevaricación por omisión en determinados supuestos, siempre que fuera imperativo para el funcionario o cargo público dictar una resolución y no lo hizo a sabiendas de que esa omisión producía un injusto, cual es el resultado materialmente producido que consta en los hechos probados» (STS 493/2023, de 22 de junio — ECLI:ES:TS:2023:2900). En ocasiones, para admitir la prevaricación por omisión, se recurre a la aplicación de lo previsto por el art. 11 CP (cfr. por todas, STS 449/2003, de 24 de mayo — ECLI:ES:TS:2003:3522), a pesar de no ser esta una solución dogmáticamente correcta, dado que no estamos ante un delito de resultado.

¹⁷⁰ En este sentido, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 40 y ss.; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 146; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., pp. 566 y ss.

¹⁷¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 2.

¹⁷² MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 865.

¹⁷³ MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», cit., p. 2.

¹⁷⁴ MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», cit., p. 8.

b) Arbitrariedad e injusticia de la resolución

El vigente Código Penal, en comparación con el anterior (cfr. art. 358.1 CP 1973), sustituyó en la redacción típica las expresiones «resolución injusta» por «resolución arbitraria» y el mero «a sabiendas» por «a sabiendas de su injusticia».

La resolución debe ser injusta y arbitraria¹⁷⁵, entendiendo por lo primero manifiestamente ilegal. Esto indica que el legislador, aunque sin prescindir del requisito de la injusticia, ha querido exigir algo más que la simple injusticia del acto —sea esta adjetivada como se quiera— para que pueda considerarse que se ha cometido un delito de prevaricación. Ese «algo más» es la arbitrariedad. Ambos conceptos, pese a lo que suele afirmarse no son sinónimos ni intercambiables¹⁷⁶.

Por definición, para que exista prevaricación, la resolución debe ser ilegal. Si la decisión es injusta, pero no arbitraria, o si ha sido dictada arbitrariamente pero no es ilegal (o, más precisamente, no lo suficientemente ilegal), no debería activarse la respuesta penal¹⁷⁷. Por lo tanto, la resolución debe ser injusta y, además, arbitraria en la forma en la que se procede a su adopción¹⁷⁸. La ilegalidad o injusticia es condición necesaria, pero no suficiente para integrar la tipicidad;

¹⁷⁵ De este entendimiento, por todos, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 785-786.

¹⁷⁶ Sí, en cambio, para la doctrina mayoritaria. Entre otros: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 945; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 247; AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., p. 221; NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 343; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 607; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3526.

¹⁷⁷ QUINTERO OLIVARES señala, en este sentido, que «lo cierto es que una resolución puede ser “arbitraria” (p.e., se deniega a un ciudadano lo que, en cambio, se ha concedido a otros, siempre en el ámbito de las decisiones discrecionales) pero no clamorosamente injusta, por lo que la arbitrariedad no basta para componer el delito». «La prevaricación y el abuso de poder», cit., p. 16.

¹⁷⁸ Dice, por su parte, GARCÍA ARÁN que «la relación entre injusticia y arbitrariedad que aparece en el art. 404 (...) puede entenderse como una resolución claramente opuesta a la legalidad (injusta) que se castiga cuando es, además, arbitraria, es decir, dictada con absoluto apartamiento de las normas no sólo sustantivas, sino también procedimentales esenciales y, sobre todo, de los principios constitucionales que, junto al de legalidad, dominan la actuación de la Administración». «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 358.

la resolución debe ser además arbitraria¹⁷⁹. Así, según ha dicho OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, «una “resolución arbitraria” es, en consecuencia, una resolución injusta dirigida por la voluntad y que adolece de un fundamento razonable»¹⁸⁰. Arbitraria es aquella actuación caprichosa, sin base legal, en la que la voluntad del sujeto que la realiza se impone sobre el contenido de las previsiones legales aplicables al caso concreto¹⁸¹. La modificación realizada por el legislador de 1995 supondrá limitar el alcance del tipo, en comparación con la normativa anterior. Si no se cumplen tales requisitos, sólo podrá intervenir el derecho administrativo. En cualquier caso, en la práctica, resulta difícil que lo arbitrario no sea también injusto, pues, como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, «toda resolución arbitraria ataca directa o indirectamente los arts. 9,1º,3; 103 y 106 CE»¹⁸².

En la doctrina, se ha llamado la atención acerca de que «es muy difícil de apreciar lo que es injusto. Téngase en cuenta que hay resoluciones que se modifican por el órgano superior al que se acude en recurso; el derecho es discutible y con frecuencia cabe más de una interpretación»¹⁸³. En realidad, no solamente eso, sino que todo texto legal deja un margen a la interpretación —es más, esta siempre es necesaria—, con lo que excluye soluciones unívocas¹⁸⁴.

La injusticia equivale a contrariedad a derecho, oposición a la legalidad que debe valorarse desde la perspectiva del derecho positivo y del sistema de fuentes constitucional¹⁸⁵. Doctrina mayo-

¹⁷⁹ En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1994: «El vigente artículo 404 restringe el ámbito de lo punible a las que sean “arbitrarias”, entendiendo por tales las que, además de ser contrarias a Derecho, impliquen un menoscabo intolerable de la ley, un ejercicio arbitrario del poder que soslaye la proscripción expresamente prevista en el artículo 9.3 de nuestra Ley Fundamental».

¹⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 19.

¹⁸¹ Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», p. 571.

¹⁸² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», p. 2548. Dice, en cambio, MANZANARES SAMANIEGO que «toda injusticia es arbitraria». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 2.

¹⁸³ SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., 785.

¹⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», *Diario La Ley*, 1993, p. 13.

¹⁸⁵ Por todos, SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 358», cit., p. 680; MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., pp. 383-384; ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 155; MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevari-

ritaria y jurisprudencia coinciden en que el acto debe ser objetivamente injusto (cfr. por todas, STS 600/2014, de 3 de septiembre — ECLI:ES:TS:2014:3522), por lo que no resulta determinante, en orden a configurar el requisito de la injusticia, la concepción subjetiva que el funcionario que resuelve tenga acerca de lo justo y lo injusto¹⁸⁶. Es irrelevante que el derecho se considere materialmente justo o injusto, presuponiendo, a estos efectos, que es justo todo lo positivizado¹⁸⁷. Un criterio básico para medir la injusticia, de acuerdo con MARTÍNEZ ARRIETA¹⁸⁸, es la adecuación de la actuación del funcionario a los principios constitucionales.

Conforme a la teoría objetiva, «una resolución dictada por funcionario público que sea conforme a Derecho, nunca podrá ser constitutiva del delito de prevaricación, aunque el funcionario se aparte de su convicción jurídica»¹⁸⁹. Si el funcionario creyera erróneamente que está dictando una resolución objetivamente injusta cuando en realidad la misma es objetivamente correcta, dicho error deberá ser considerado como un caso de delito putativo o imaginario impune¹⁹⁰.

PEDREIRA GONZÁLEZ, por su parte, opina que puede cometerse prevaricación «no sólo por sobrepasar los límites del ordenamiento jurídico (teoría objetiva tradicional), sino también por dictar una resolución que no sea la que más favorezca los intereses generales, aun cuando se halle dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles»¹⁹¹.

cación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 865; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3028; SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 378; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 249.

¹⁸⁶ De otra forma, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 2: «En rigor, el componente subjetivo del delito deja fuera del tipo al funcionario que cree justa su resolución pese a su difícil compatibilidad con el ordenamiento positivo. De ahí que el Tribunal Supremo se haya inclinado en los últimos años por objetivar la solución del problema con la simple comparación entre el proceder del acusado y lo que habría sido, en su opinión, la conducta correcta. Es una interpretación, en contra del reo, que se aparta del tenor literal del precepto».

¹⁸⁷ CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», cit., p. 10.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3031.

¹⁸⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 51.

¹⁹⁰ Por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 389; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1997.

¹⁹¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., «Prevaricación (delitos de)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1, 2011, p. 163.

En relación con las normas de contenido impreciso y los supuestos de decisiones sobre facultades discrecionales, la teoría objetiva ha sido complementada por el Alto Tribunal con la teoría de la infracción de deber, con lo cual, existe «la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento» (STS 102/2009, de 3 de febrero — ECLI:ES:TS:2009:923). En la doctrina también se ha propuesto acudir a esta teoría en los casos de leyes multívocas y discrecionales¹⁹².

Por otra parte, existe un muy amplio consenso doctrinal, al cual nos adherimos, en cuanto a que la injusticia no equivale a mera o simple contravención legal o irregularidad administrativa. No toda irregularidad será constitutiva de delito¹⁹³. La injusticia debe entenderse como la ilegalidad mayúscula¹⁹⁴, de tal modo que, para merecer tal calificativo, la resolución enjuiciada debería hallarse —podemos expresarlo así— en franca, tosca y resonante contradicción con el ordenamiento legal¹⁹⁵.

La injusticia constituiría, por lo tanto, una especie, un *plus*, respecto de la simple ilegalidad (cfr. ATS 718/2003, de 11 de abril —

¹⁹² MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 384.

¹⁹³ Por todos, OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», *La Ley Penal*, n.º 175, julio-agosto 2025, p. 3.

¹⁹⁴ Expresión que emplea MELÉNDEZ SÁNCHEZ: «Cuando resulte interpretable la legalidad de la resolución dictada, cuando no se produzca ese clamoroso o flagrante quebranto de la legalidad, estaremos ante una infracción administrativa, pero no infracción de carácter penal que queda reservada para la infracción mayúscula de la legalidad». «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1.002.

¹⁹⁵ GARCÍA ARÁN, por su parte, considera que la injusticia es «una ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa, de los que se desvía abiertamente». «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 360. Según MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, la resolución «debe presentar una contradicción con el ordenamiento jurídico patente, notoria e incuestionable, apartándose de manera flagrante y llamativa de la normativa que regula sus aspectos esenciales, de modo que no exista ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado por el funcionario». «Artículo 404», cit., p. 1853. De manera similar a los anteriores, DE LA MATA BARRANCO, N.J., «*El funcionario público ante el Derecho penal*», cit., p. 29. ROLDÁN BARBERO señala que la injusticia debe ser significativa: «aquella que contradice un principio esencial del ordenamiento jurídico». «De la prevaricación administrativa», cit., p. 682.

ECLI:ES:TS:2004:3308A)¹⁹⁶. Se trataría, en definitiva, de una ilegalidad (muy) cualificada o agravada. GARCÍA ARÁN, cuyas palabras ilustran muy bien esta idea, ha señalado que «no cabe resolución injusta sin apartamiento de la legalidad, o bien, la ilegalidad de la resolución es el primer elemento de su injusticia»¹⁹⁷.

Si la resolución es conforme a Derecho, nunca podrá existir delito de prevaricación; si es ilegal, podría haberlo, pero sólo si dicha ilegalidad es severa. Este es el primer requisito para determinar si procede superar el mero control administrativo de la resolución, al que se añadirá adicionalmente la arbitrariedad¹⁹⁸ y, en el plano subjetivo, la actuación dolosa y que el funcionario obre «a sabiendas de su injusticia»¹⁹⁹, conformando así una tríada de exigencias, cuya no presencia, total o parcial, impide apreciar el delito de prevaricación²⁰⁰. Esta interpretación, desde luego, es razonable desde la perspectiva de los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho penal. De no diferenciar adecuadamente entre injusticia y arbitrariedad, se correría el riesgo de castigar penalmente el dictado de resoluciones que, aunque groseramente injustas, no sean arbitrarias, lo que excedería los límites del tipo penal.

Una interpretación jurídicamente posible de la norma no desbordaría los contornos de la infracción administrativa. En este sentido, dice C. MIR PUIG que no prevaricaría el funcionario que acoge una interpretación minoritaria entre la doctrina, siempre que no suponga un torcimiento del derecho²⁰¹. Toda interpretación que se encuentre dentro del sentido literal posible de la norma es válida²⁰².

¹⁹⁶ Cfr. GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, cit., p. 178.

¹⁹⁷ GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 359.

¹⁹⁸ Vid. de esta idea RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 65.

¹⁹⁹ En cuanto a la exigencia de todos los elementos, GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 75.

²⁰⁰ Cfr. OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., pp. 4-5.

²⁰¹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 79. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 871.

²⁰² CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», cit., p. 13.

Cuando la resolución no sólo es injusta, sino también arbitraria, nos situaríamos ya en el ámbito propio de actuación del Derecho penal. Así, es posible afirmar que «la Jurisdicción penal trata de sancionar supuestos límite en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria»²⁰³.

En otro orden de cosas, el empleo de la locución «arbitraria» se compadece mejor con la interdicción de la arbitrariedad que establece el art. 9.3 CE²⁰⁴, y con la esencia misma del delito, que, compartiendo la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, «reside en el ejercicio caprichoso del poder»²⁰⁵. Parece, finalmente, más adecuada para abarcar los casos de desviación de poder, debiendo tenerse en cuenta que, como hace notar GARCÍA ARÁN²⁰⁶, los amplios márgenes de discrecionalidad de que goza la Administración en el ejercicio de sus funciones constituyen la regla y no la excepción.

La jurisprudencia ha establecido que, para que la ilegalidad adquiera relevancia penal, debe ser «patente, grosera, esasperante, clamorosa, notoria y manifiesta» (STS 537/2002, de 5 de abril — ECLI:ES:TS:2002:2436). En la STS de 2 de noviembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:5462), se valoró que la actuación del acusado, alcalde accidental que firmó un decreto de concesión de licencia de obras para la edificación de viviendas sobre terrenos pendientes de calificación, alzando la suspensión de las mismas, sin prescindir no obstante del procedimiento ni de los informes preceptivos, «es formalmente ilegal pero no materialmente injusta —en el sentido propio del delito de prevaricación— al no constituir un torcimiento del Derecho tan patente y grosero que pueda ser apreciada por cualquiera». FERNÁNDEZ CABRERA, sin embargo, considera que semejante exigencia sitúa el umbral de relevancia penal en un nivel excesivamente alto, «difícilmente alcanzable por cualquier resolución»²⁰⁷.

A mayor abundamiento, el TS ha precisado que se requiere «una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de

²⁰³ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 945.

²⁰⁴ Vid. SÁNCHEZ PARRA, F.J., «El delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal: exigencias jurisprudenciales», *RGDP*, n.º 7, 2007, p. 1.

²⁰⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 737.

²⁰⁶ GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 359.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», cit., p. 210.

explicación razonable» (por todas, STS 654/2004, de 25 de mayo — ECLI:ES:TS:2004:3570). En consecuencia, la injusticia debe ser de una notoriedad manifiesta, apreciable por cualquiera, es decir, por el hombre medio, y sobre la cual no quepa duda razonable²⁰⁸. Se pone el acento, por lo tanto, en la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho²⁰⁹. FERNÁNDEZ CABRERA se muestra muy crítica con esta interpretación restrictiva, considerando que «la idea de que cualquiera pueda percatarse de la existencia de una ilegalidad parece esconder tras de sí el hecho de que se permite prevaricar al funcionario siempre que lo haga de forma discreta, sin que se note el carácter injusto o arbitrario de la resolución»²¹⁰.

Según el criterio mantenido inveteradamente por el Alto Tribunal, para que haya prevaricación «no puede tratarse de resoluciones discutibles, erróneas o no acomodadas a Derecho, pues lo que se exige es ese “plus de antijuridicidad”, de modo que la injusticia de la resolución sólo se producirá si no existe método racional de interpretación que permita sostener el criterio adoptado, o lo que es lo mismo, un puro torcimiento del Derecho» (STS 930/2008, de 18 de diciembre — ECLI:ES:TS:2008:6789). A ello se añade que «el Derecho tiene remedios ordinarios para resolver las dudas sobre la aplicación de las normas y corregir los errores que puedan producirse en tal aplicación, remedios centrados esencialmente en el sistema de recursos» (STS de 22 de septiembre de 1993 — ECLI:ES:TS:1993:6119).

Han señalado con acierto, en esa misma línea de la doctrina del Tribunal Supremo, GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES que «no ha de perderse de vista que, a menudo, se dictan resoluciones por las diferentes Administraciones que, con posterioridad, son anuladas por una instancia jerárquica superior o por la jurisdicción contencioso-administrativa, por considerarlas jurídicamente incorrectas o mal fundadas; y no por eso, quienes las han dictado son autores de una prevaricación. En el ordenamiento jurídico se toleran unos márgenes de error, se admite que

²⁰⁸ En la doctrina, esta es también la opinión mayoritaria. Por todos, SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», pp. 247-248; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1542.

²⁰⁹ MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», cit., p. 5.

²¹⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», cit., p. 211.

un servidor público no acierte en la aplicación de unas normas a la hora de resolver un caso»²¹¹.

El delito de prevaricación no surge, sin más, de una interpretación o aplicación errónea de las normas jurídicas, para cuya corrección el derecho positivo arbitra un sistema de recursos, ni tampoco del hecho de que una resolución administrativa sea finalmente anulada en vía de recurso. Con los recursos se «pone de manifiesto que el propio sistema parte de la posibilidad de que se dicten sentencias contrarias a la ley, para las que se prevé una solución distinta a la responsabilidad penal del juez»²¹². En palabras del Alto Tribunal, «no todo acuerdo incorrecto porque vulnera disposiciones administrativas, ha de ser considerado injusto a los efectos jurídico-penales que ahora se estudian, aunque la misma cause perjuicios, aunque genere controversias encendidas» (STS 798/1995, de 10 de junio — ECLI:ES:TS:1995:3358).

Si persisten dudas razonables sobre la contrariedad al derecho de la resolución, debe descartarse la intervención del Derecho penal²¹³. Así lo valora, con buen criterio a nuestro juicio, la jurisprudencia: «si existiera alguna duda razonable, desaparecería el aspecto penal del hecho acaecido, para quedar entonces reducida la cuestión a una mera ilegalidad, del orden que fuere, a depurar en los correspondientes procedimientos administrativos» (STS 278/1995, de 5 de marzo — ECLI:ES:TS:1997:1558).

Los casos de mera ilegalidad no deben desbordar nunca los confines, necesariamente más amplios, del Derecho administrativo, quedando reservados al conocimiento de la jurisdicción penal únicamente los supuestos de verdadera y auténtica injusticia (siempre que la resolución sea, además, arbitraria). El respeto al principio de legalidad no incumbe exclusivamente al Derecho penal, sino también, y, sobre todo, al Derecho administrativo²¹⁴. Según el ATSJ Madrid 40/2013, de 11 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2013:167A), «la intervención de la jurisdicción penal en el análisis de los asuntos administrativos debe ser, en todo caso, subsidiaria, limitada a aquellos casos en los que se aprecia una infracción palmaria de las normas jurídicas, en los que no puede bastar el mero restablecimiento del orden jurídico perturbado a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que

²¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MATALLÍN EVANGELIO, A./ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 317.

²¹² Cfr. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, cit., p. 378.

²¹³ En la doctrina, por todos, SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 247.

²¹⁴ En este sentido, HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 38.

por la importancia de la transgresión jurídica es necesaria la intervención de la jurisdicción penal para sancionar las graves arbitrariedades cometidas en resoluciones administrativas calificables de injustas».

En numerosas resoluciones, ha afirmado el Alto Tribunal que «el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder» (STS 2347/2001, de 12 de diciembre — ECLI:ES:TS:2001:9771). Asimismo, se ha establecido que «la Jurisdicción contencioso administrativa tiene por fin propio, la verificación de la legalidad de los actos administrativos y de su adecuación a los valores constitucionales a través del recurso contencioso-administrativo» (ATS de 28 de julio de 2000 — ECLI:ES:TS:2000:5077A).

Como bien ha dicho CADENA SERRANO, «la frontera entre el delito y el ilícito administrativo es particularmente sensible en el delito de prevaricación. Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última *ratio* nos obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. La relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas. No todo ilícito administrativo puede constituir delito»²¹⁵.

Si se otorga al Derecho penal un protagonismo que, en términos generales, no le corresponde, permitiendo su intervención ante cualquier infracción del ordenamiento legal, se desdibujan los límites — en este caso— entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa. Esto implicaría que el Derecho penal acabase sustituyendo, *de facto*, el control de legalidad de los actos administrativos que compete a los tribunales del orden contencioso (vid. art. 106.1 CE), cuya intervención resulta, en la mayoría de los casos, suficiente para garantizar el respeto a la legalidad y a los derechos de los ciudadanos, así como para restañar el orden vulnerado. El Derecho penal perdería así su carácter fragmentario y de última *ratio*²¹⁶. La sanción penal debe que-

²¹⁵ CADENA SERRANO, F.A., «Delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9310, 2018, p. 4.

²¹⁶ Dice MUÑOZ CONDE que «también aquí el Derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse sólo para aquellos casos en los

dar reservada para los supuestos más graves, i.e., aquellos en los que la conducta no se limita a contradecir el derecho, sino que supone un grave ataque a los bienes jurídicos (puesta en peligro o lesión)²¹⁷. Por lo tanto, y como ha señalado CASAS HERVILLA²¹⁸, con la criminalización indiscriminada de los actos administrativos, no sólo se quebraría el principio de fragmentariedad, sino que se produciría una suerte de confusión entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa. A los tribunales penales no les corresponde supervisar la actividad de la administración, sino «examinar la conducta ejecutada por un sujeto determinado al objeto de decidir si la misma resulta penalmente relevante, así como si el infractor merece ser sancionado»²¹⁹.

Un primer criterio para diferenciar, en el delito de prevaricación, entre la infracción penal y la administrativa es la injusticia. A ello se añade, desde el plano objetivo, la arbitrariedad, y, desde la perspectiva subjetiva, el dolo, al que se suma el elemento específico de actuar «a sabiendas de su injusticia». Siendo así, no toda ilegalidad, incluso por grave que sea, justificará la intervención del poder punitivo del Estado a través de los tribunales penales.

Para apreciar la comisión del delito de prevaricación, resulta irrelevante que la resolución cuestionada haya sido declarada nula en sede administrativa o por los tribunales del orden contencioso-administrativo. No es necesario que se haya determinado previamente la ilegalidad del acto (cfr. STS 294/2019, de 3 de junio — ECLI:ES:TS:2019:1801; AAP Valladolid 598/2022, de 19 de diciembre — ECLI:ES:APVA:2022:1407A). Del mismo modo, el hecho de que una resolución pueda ser anulada o corregida mediante recursos administrativos no descarta la existencia del delito, como ha señalado MUÑOZ CONDE²²⁰.

que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que puede ser corregida con otro tipo de instrumentos jurídicos». «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal», cit., p. 486.

²¹⁷ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 946-947.

²¹⁸ CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», cit., p. 240.

²¹⁹ CASAS HERVILLA, J., «La esencia de lo injusto penal propia del delito de prevaricación administrativa: delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo», *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 54, 2019, p. 9.

²²⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 977.

A todo lo dicho, debe añadirse que una sentencia penal absolutoria no convalida la ilegalidad de una actuación administrativa²²¹. La valoración que tienen que realizar los tribunales penales se limita exclusivamente a la perspectiva del Derecho penal, y así, en palabras de COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «cuando se trate de sentencias absolutorias, las consideraciones que se realizan en el marco penal de enjuiciamiento sobre determinadas resoluciones dictadas en asuntos administrativos no pueden interpretarse como un aval a la forma de actuar elegida por la autoridad o funcionario en el caso concreto»²²².

A mayor abundamiento, como ha señalado con insistencia la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho no equivale necesariamente a prevaricación (por todas, STS 331/2003, de 5 de marzo — ECLI:ES:TS:2003:1515)²²³. El tipo del art. 404 CP, como bien explica FERRÉ OLIVÉ²²⁴, está reservado para los hechos más graves y abusivos, por lo que un acto nulo de pleno derecho podría o no dar lugar al delito de prevaricación. En la jurisprudencia subraya la STS 755/2007, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6079), que «no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves».

La intervención del juez penal podría verse motivada por una cuestión prejudicial planteada en un proceso contencioso-administrativo²²⁵. Una sentencia penal condenatoria servirá de fundamento para que la Administración declare la nulidad del acto constitutivo de prevaricación²²⁶. El propio juez penal también podría plantear una cuestión prejudicial devolutiva a un tribunal de lo contencioso-

²²¹ SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 248.

²²² COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 944.

²²³ En la doctrina, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 947; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 242. Según HAVA GARCÍA, sin embargo, «resulta difícil imaginar supuestos en los que un acto nulo de pleno derecho desde el punto de vista administrativo no revista, al mismo tiempo, los caracteres de una “resolución arbitraria” a efectos penales». *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 61.

²²⁴ FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Prevaricación», cit., p. 416.

²²⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Desviación de poder y prevaricación administrativa», *Documentación Administrativa. Nueva época*, n.º 5, enero-diciembre 2018, p. 168.

²²⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Desviación de poder y prevaricación administrativa», cit., p. 168.

administrativo cuando sea complejo encontrar si una resolución es injusta²²⁷. Señala asimismo GARCÍA DE ENTERRÍA²²⁸ que es posible que el juez de lo contencioso-administrativo intervenga a *posteriori*, es decir una vez dictada la sentencia penal, por la vía del art. 3 LE-Crim, cuya decisión, si la conclusión es diferente sobre la ilegalidad del acto, abriría la posibilidad de un recurso de revisión contra la sentencia penal.

La contravención que da lugar a la injusticia puede derivar tanto de la infracción de normas sustantivas como de normas de procedimiento o adjetivas²²⁹. No obstante, debe quedar claramente determinado cuál es el precepto legal o reglamentario infringido, ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo, «una resolución de la que se ignora cuál es la norma que habría torcido el órgano aplicador del derecho, no puede ser considerada prevaricante» (STS 1497/2002, de 23 de septiembre — ECLI:ES:TS:2002:6071). La injusticia podría originarse, asimismo, en la vulneración de los principios generales del ordenamiento jurídico, tales como los de igualdad o imparcialidad²³⁰,

²²⁷ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 43; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», cit., pp. 265-266. Según la SAP Sevilla 193/2000, de 18 septiembre (ECLI:ES:APSE:2000:3943), «en efecto, como bien apunta la Magistrada a quo, la configuración del delito de prevaricación determina que si puede existir alguna duda razonable acerca de la conformidad a Derecho de la resolución dictada que deba ser dirimida por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tal situación de auténtica prejudicialidad deberá acarrear, no la suspensión del proceso penal, sino su conclusión por auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, al estar ausente el decisivo elemento típico de arbitrariedad de la resolución; mientras que, por el contrario, cuando dicha arbitrariedad sea apreciable con la seguridad exigible en vía penal, por ello mismo no será precisa la previa decisión del orden contencioso-administrativo sobre la legalidad o ilegalidad de la resolución para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado, y el órgano judicial penal podrá pronunciarse al respecto, conforme a los artículos 3 de la Ley de Enjuiciamiento y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adquiriendo entonces la pretendida prejudicialidad devolutiva el carácter de un mero efugio tendente a retardar la acción de la justicia penal o a vaciar materialmente de competencia a sus órganos. En el primer sentido expuesto puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, y en el segundo la de 20 de enero de 1996».

²²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», cit., pp. 267-268.

²²⁹ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 21; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 156.

²³⁰ Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1089; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. De-*

así como derivar de la infracción de los principios esenciales de la Administración pública²³¹.

La Sala Penal del TS ha expresado, en fórmula de habitual repetición, que la contradicción de la resolución con el derecho puede revelarse «bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder» (STS 727/2000, de 23 de octubre — ECLI:ES:TS:2000:7599). A veces la jurisprudencia matiza que «lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados» (por todas, STS 1497/2002, de 23 de septiembre — ECLI:ES:TS:2002:6071).

Según MARTÍNEZ ARRIETA²³², «en todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario». ORTIZ DE URBINA GIMENO²³³ ofrece algunos ejemplos ilustrativos: la omisión de un trámite de audiencia, la denegación de una concesión sin solicitar informe preceptivo o la ocupación de un terreno para expropiación sin la debida tramitación del expediente. Por su parte, ARRIBAS LÓPEZ²³⁴ aporta un ejemplo referido a órganos colegiados: cuando «no se hayan respetado las reglas esenciales para la formación de la voluntad».

Dado que no siempre es fácil medir la injusticia, ROLDÁN BARBERO ha propuesto «calibrar la repercusión que la resolución ha tenido sobre derechos individuales». Con ello, según estima, «la demostración de la injusticia resultará tanto más palpable»²³⁵. Para VIRTO LARRUSCAIN, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando la violación de la legalidad «implique perversión del fin público que la norma contiene o lesión del principio general de prohibición de arbitrarie-

lincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito, cit., p. 65.

²³¹ JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», *Diario La Ley*, 1998, p. 2.

²³² MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3030.

²³³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 373.

²³⁴ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 7.

²³⁵ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 683. En el mismo sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 405.

dad y conlleve la lesión o el perjuicio de las expectativas o intereses del ciudadano o el daño de la cosa pública»²³⁶.

En particular sobre la omisión de procedimiento, se ha dicho que esta «ha sido considerada una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones» (STS 512/2015, de 1 de julio —ECLI:ES:TS:2015:3502).

En la STS 259/2015, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1718), tras recordarse que «el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate (STS 1658/2003, de 4 de diciembre)», se dice que «se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 331/2003, de 5 de marzo)». Debería tratarse, en todo caso, de grandes vicios procesales, de la omisión de trámites esenciales del procedimiento que revelen «algo más que el prescindir de las formas»²³⁷.

Entre la doctrina, bajo la opinión de OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, la injusticia puede «consistir tanto en el retraso ocasionado en el dictado de una resolución como en la omisión de un acto necesario para éste, siempre que se sustancien en declaraciones de voluntad. Proceder de la aplicación de una norma no vigente o de una que sea inadecuada. Tener su origen en una dolosa interpreta-

²³⁶ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 142.

²³⁷ Así COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 949.

ción incorrecta de las normas aplicables, en una falsa apreciación de los hechos, en una valoración indebida de la prueba o en la ausencia de práctica de ésta. Provenir de la aplicación de una norma inconstitucional o del apartamiento, en el proceso de dictado o en la propia decisión, de los valores e intereses acogidos por la Constitución. Derivar, en fin, de la aplicación de una norma obsoleta»²³⁸. En esta misma dirección, se observa en la STS 52/1993, de 18 de enero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:97), que «como con acierto señala la doctrina científica, la injusticia de las resoluciones puede consistir en la infracción manifiesta de una norma sustantiva o procesal, en la aplicación de una norma anticonstitucional, en el retraso en la aplicación de una norma anticonstitucional, en el retraso en la aplicación de ella, en la aplicación indebida de una norma inadecuada u obsoleta e, incluso, en la contravención del Derecho suprallegal».

A nuestro juicio, debería existir siempre una (grave) conculcación de normas jurídicas o, al menos, la vulneración de principios generales del derecho y/o de los principios rectores que deben regir la actuación administrativa. En cuanto al tema de los retrasos que admiten algunos autores como causa de injusticia²³⁹, no parece que sea la jurisdicción penal «la que ha de velar ni corregir las infracciones que se puedan producir en el cumplimiento de los plazos administrativos» (AAP Madrid, 405/2009, de 4 de junio — ECLI:ES:APM:2009:8326A). Se comparte, desde aquí, la interpretación restrictiva de un sector de la doctrina bajo la cual el delito de prevaricación no debe alcanzar a aquellos supuestos en los que la Administración simplemente no actúa o incurre en un mero retardo a la hora de remediar o evitar una situación injusta²⁴⁰.

Por otra parte, por lo que antes se dijo, no compartimos que la radical falta de competencia del funcionario que dicta la resolución pueda ser un motivo de injusticia. Lo que persigue el tipo es el abuso de competencias y si no hay competencias, tal abuso no puede darse. Esta invasión de competencias debe ser perseguida a través del delito de usurpación de funciones públicas. Recordemos que lo que se tutela por el tipo es el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendiendo por tal el que está sometido a la legalidad

²³⁸ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 21.

²³⁹ Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 21; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 977, si bien matizando que debe ser excesivo; NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 344.

²⁴⁰ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 607.

formal y material. Aunque admite que la invasión de competencias ajenas puede ser causa de injusticia, porque «supone lesión del bien jurídico protegido y puede ocasionar graves consecuencias», VIRTO LARRUSCAIN estima que la resolución debe contar con un mínimo de apariencia de autenticidad, «pues sino no lograría ser eficaz, de ahí que se suele limitar a los casos en que el funcionario está capacitado para dictar resoluciones de la misma naturaleza»²⁴¹. Desde nuestro parecer, al menos, como han señalado algunos autores, debería tener competencia el órgano al que pertenece el empleado público que dicta la resolución²⁴².

El Alto tribunal admite que la prevaricación puede darse por desviación de poder (SSTS 1/1998, de 23 de mayo — ECLI:ES:TS:1998:3363; 727/2000, de 23 de octubre — ECLI:ES:TS:2000:7599; 647/2002, de 16 de abril — ECLI:ES:TS:2002:2679), en el ejercicio de actividades discrecionales. La incluye reiteradamente entre las posibles formas o causas de injusticia. Hay desviación de poder cuando el titular de una potestad no reglada la ejerce, aunque dentro de sus competencias, con fines ajenos a aquellos que motivaron su atribución. Para la jurisprudencia, «la desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto» (STS 477/2018, de 17 de octubre — ECLI:ES:TS:2018:3688). Y ello, aunque el fin perseguido por el funcionario prevaricante sea el interés público (ATS de 22 de diciembre de 2010 — ECLI:ES:TS:2010:15176A).

Se ha señalado por algún autor que, en el caso de las potestades discrecionales, «es mucho más probable que aparezcan los abusos del poder, cuando quienes lo detentan se apartan de los fines que la norma persigue y llegan a incurrir en flagrantes arbitrariedades»²⁴³. En coherencia con lo antes señalado, la desviación de poder tiene que ser evidente y obscena, sin que haya dudas al respecto, para que constituya una injusticia.

²⁴¹ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 157.

²⁴² Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», cit., p. 2548.

²⁴³ DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Los abusos de poder: entre la causa invalidante administrativa y el delito de prevaricación», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 17, 2005, p. 199.

Hay que indicar que, pese a lo considerado por la jurisprudencia sobre qué supuestos pueden ser constitutivos de injusticia, ésta habrá de determinarse caso por caso, y sin perder de vista el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal²⁴⁴.

En cuanto a la arbitrariedad, que puede estar presente tanto si hablamos de potestades regladas como de potestades discrecionales²⁴⁵, será arbitraria toda resolución que se aparte radicalmente del derecho, sustituyendo la legalidad vigente por la mera voluntad del funcionario que la dicta. La resolución no es, en suma, resultado de la aplicación del Derecho, sino expresión del mero capricho o antojo de quien la adopta, cualquiera que sea la finalidad subyacente —incluso, para algunos autores, si se persigue el interés general²⁴⁶—. Podría darse incluso por exceso de celo²⁴⁷—. Puede entenderse la arbitrariedad, en definitiva, como un ejercicio de poder sin base legal ni razonable²⁴⁸. El hecho de que la resolución esté formalmente motivada es intrascendente. En la jurisprudencia, se tiene dicho que obrar arbitrariamente «es suplantar la ratio y el fin de la norma por las propias y personales razones y finalidades» (STS 1720/2003, de 23 de diciembre — ECLI:ES:TS:2003:8413).

²⁴⁴ En este sentido, por todos, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 786; SERRANO TÁRRAGA, M.D., «Delitos contra la Administración pública, 1», cit., p. 223.

²⁴⁵ Con dudas, sin embargo, CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 5.

²⁴⁶ En este sentido, por todos, HAVA GARCÍA, E., «Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 141. Habría que plantear, más bien en ese caso, la posible concurrencia de un estado de necesidad, como bien indica ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1780.

²⁴⁷ DELGADO SANCHE, C.D., *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, Colex, Madrid, 2019, p. 48; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 66.

²⁴⁸ Entre los penalistas, para ORTS BERENGUER, arbitrariedad, es «dictar la resolución que conviene, sea cual sea el motivo, pasando por encima de las leyes, de las formas usuales de interpretarlas y aplicarlas y, normalmente, de los intereses generales». «Artículo 404», cit., p. 1779. Y según QUERALT JIMÉNEZ, «arbitrariedad significa lisa y llanamente que la resolución emitida no es sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular». *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1128.

3. *Elementos subjetivos. La locución «a sabiendas de su injusticia»*

Como es obvio, los aspectos subjetivos sólo podrán analizarse tras determinar con carácter previo la concurrencia de los objetivos²⁴⁹. El delito de prevaricación sólo admite la comisión dolosa. El dolo requiere el conocimiento de todos los elementos que forman parte del tipo objetivo, incluyendo, pues, que se dicta resolución arbitraria en asunto administrativo y que se ostenta la condición penal de funcionario público²⁵⁰. De manera adicional al dolo simple, se exige que el funcionario público haya actuado «a sabiendas de su injusticia». Esta locución, pese a lo que suele afirmarse, se vincula, no al contenido de la resolución, sino al sujeto activo²⁵¹. La exigencia que ahora tratamos constituye un elemento subjetivo del injusto. De no ser así (y si se entendiera que hablamos de la injusticia de la resolución), dicha mención sería redundante y, como tal, innecesaria, aun si con ello quisiera significarse solamente que este delito únicamente puede cometerse con dolo directo. De acuerdo con POLAINO NAVARRETE, se trata de un elemento subjetivo del injusto, pero no referido al ánimo o los móviles del autor, sino que es de carácter cognitivo y consiste «en la constancia cognoscitiva por parte del autor del carácter injusto de su acción»²⁵². Conciencia específica, por lo tanto, del carácter injusto de la acción llevada a cabo por el funcionario, plasmada en el dictado de

²⁴⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 383.

²⁵⁰ Por todos, PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», cit., p. 3841.

²⁵¹ CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», cit., pp. 259 y 261 y ss.

²⁵² POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 278. Este autor ha sostenido que es posible incluir, dentro de los elementos subjetivos del injusto, una categoría que denomina «elementos subjetivos de especial conocimiento del autor», caracterizados porque las referencias al conocimiento incorporan «un momento psíquico de índole cognitiva del que se hace depender la antijuridicidad de la conducta». *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, Argentina, 2000, pp. 137 y ss. En contra de esta interpretación, sin embargo, SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, cit., pp. 347-348.

la resolución²⁵³. Los móviles del sujeto, en todo caso, serán irrelevantes²⁵⁴, aunque pueden ayudar a determinar si hubo arbitrariedad²⁵⁵.

La exigencia de este elemento subjetivo del injusto, cuya ausencia determinará la atipicidad de la conducta, excluye la comisión por dolo eventual²⁵⁶, conclusión que es coherente desde la perspectiva del principio de fragmentariedad del Derecho penal, tal y como ha subrayado C. MIR PUIG²⁵⁷.

La simple adjunción de firma en la resolución no confiere tal elemento subjetivo, como ha destacado POLAINO NAVARRETE²⁵⁸ (cfr. además STS 152/2015, de 24 de febrero —ECLI:ES:TS:2015:817).

Debemos dejar constancia, en cualquier caso, de que la doctrina mayoritaria estima que basta con el dolo, admitiendo algunos autores incluso la comisión por dolo eventual²⁵⁹.

D. Autoría y participación en el delito de prevaricación administrativa. Especial consideración de la autoría mediata

En general, la doctrina sostiene que la autoridad o el funcionario público pueden ser autores directos o mediatos del delito de prevaricación. Autor directo o material será quien haya dictado la resolución

²⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC quien también entiende que estamos ante un elemento subjetivo del injusto, prefiere hablar de una actitud de desprecio hacia la ciencia jurídica. «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 33. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 53-54. MESTRE DELGADO estima igualmente que es un elemento subjetivo del injusto, si bien consistente «en el reconocimiento y aceptación de la falta absoluta de justificación legal del contenido de la resolución dictada». «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 550.

²⁵⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 33.

²⁵⁵ Afirma NIETO MARTÍN que «en el caso de decisiones discrecionales, la adopción de una resolución teóricamente admisible pero basada en motivos de venganza debe considerarse injusta». «Artículo 404», cit., p. 871.

²⁵⁶ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 55; POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 278.

²⁵⁷ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 56.

²⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 278.

²⁵⁹ Por ejemplo, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., pp. 3029 y 3032.

prevaricadora. La coautoría aparecerá en los supuestos de órganos colegiados, e incluso es posible apreciarla en relación con los actos administrativos de naturaleza compleja, en cuya producción intervienen distintos órganos²⁶⁰. Según MARTÍNEZ ARRIETA, cabe «en los casos en que una pluralidad de funcionarios actúen en la realización del hecho prevaricador concatenando sus actuaciones»²⁶¹. En cuanto a la autoría mediata, ORTS BERENGUER demanda que tanto el hombre de atrás como el instrumento «tengan una vinculación directa con la función pública abusivamente usada»²⁶².

La jurisprudencia insiste en que el delito de prevaricación «solo puede ser cometido por las personas en las que concurra una circunstancia especial, concretamente por quien se encuentre facultado para dictar la resolución administrativa supuestamente prevaricadora (STS 979/2016, de 11 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:4884). De esta manera, y con buen criterio, «no puede imputarse la autoría, directa, mediata o coautoría, a quien no es el funcionario competente para dictar la resolución» (STS 441/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1649).

Por lo tanto, no puede ser autor —ni siquiera mediato— del delito de prevaricación quien no ostente la condición de funcionario público en sentido penal; pero, es más, tampoco podrá serlo quien, aun reuniendo dicha condición, carezca de facultades decisorias, propias de su cargo o por delegación.

Un particular ajeno a la función pública nunca puede ser autor del delito del art. 404 CP. Las personas que no reúnan las cualidades especiales exigidas para la autoría, no obstante, podrán ser partícipes del delito cometido por el funcionario *intraneus*, ya sea a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad, pudiendo aplicárseles el art. 65.3 CP —aunque, según su tenor literal, únicamente a inductores y cooperadores necesarios, si bien cabría plantear su aplicación por vía de analogía *in bonam partem* al cómplice—, que permite rebajar facultativamente la pena en un grado (por todas, STS 477/2018, de 17 de octubre — ECLI:ES:TS:2018:3688). La participación no se limita a los particulares, sino que también puede darse en el caso de funcionarios sin competencias resolutorias²⁶³ (en la jurisprudencia, cfr. por

²⁶⁰ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 144-145.

²⁶¹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3022.

²⁶² ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 707.

²⁶³ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 39; GUERRA

todas STS 740/2013, de 7 de octubre — ECLI:ES:TS:2013:5089). En cualquier caso, debe recordarse, como lo hace CATALÁN SENDER que «si no hay resolución no hay delito de prevaricación y, por ende, tampoco cabrá hablar de inducción o participación del funcionario que informó»²⁶⁴. La resolución a la que se refiere es la del órgano decisorio. Aunque la rebaja punitiva del art. 65.3 CP es facultativa, la Sala Penal del TS postula que «nunca debe operar cuando la responsabilidad de éste es superior o igual a la responsabilidad del intraneus» (STS 441/2022 — ECLI:ES:TS:2022:1649).

No se excluyen, por lo tanto, las hipótesis de participación en sentido estricto en el delito del *intraneus*, que deberán regirse por el principio de accesoriedad, manteniéndose en todo caso la unidad del título de imputación (es decir, se condenará al extraño como partícipe en el delito del funcionario). Resulta relevante que nos encontremos ante un delito especial propio, ya que, en los delitos especiales impropios, el funcionario responderá por el delito especial, mientras que el particular lo hará por el delito común paralelo²⁶⁵. En el caso de los particulares, como ha hecho notar CATALÁN SENDER²⁶⁶, por cuanto se les impondrán las penas correspondientes al delito de prevaricación, en lo relativo a la inhabilitación especial para empleo o cargo público, estarán inhabilitados para acceder al cargo o empleo que se determine en la sentencia condenatoria, durante el tiempo de la condena. A ello se suma, como consecuencia de la modificación legal de 2015, que no podrán concurrir como candidatos a unas elecciones por el tiempo fijado en la sentencia.

Téngase en cuenta que la inducción y la cooperación necesaria son supuestos que el art. 28 CP equipara penológicamente a la autoría. Es posible, como se ha dicho, la complicidad (cfr. STS 52/1993, de 18 de enero de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:97), si bien al cómplice se le castiga con la pena inferior en grado a la prevista por la ley para el autor del delito. Para que haya cooperación necesaria, el partícipe debe haber realizado actos sin los cuales el delito del funcionario *intraneus* no se habría realizado. Se ha admitido la participación en calidad de cooperador necesario «del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una resolución

TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 143-144.

²⁶⁴ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 41.

²⁶⁵ Por todos, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3033; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1540.

²⁶⁶ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 47.

administrativa previa no necesaria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva» (STS 441/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1649). No obstante, en ocasiones se ha sostenido que difícilmente cabe la cooperación necesaria en el delito de prevaricación (por todas, STS 1417/1998, de 16 de diciembre — ECLI:ES:TS:1998:7651). Bajo esta calificación entrarían los casos de informes vinculantes y, en general, aquellos de actos previos o interlocutorios que resultan absolutamente determinantes del contenido de la resolución del órgano decisorio. Ciertamente, la Sala Penal del TS ha estimado la cooperación necesaria cuando un funcionario público ha emitido un informe que resulta decisivo para que la resolución dictada fuera prevaricadora (STS 859/2022, de 2 de noviembre — ECLI:ES:TS:2022:4105).

La accesoriedad, según tiene dicho la jurisprudencia, es limitada o relativa, lo que «significa, en todo caso, que el partícipe solo puede ser castigado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, aun cuando éste no fuere culpable». A lo cual se añade que «reflejo procesal de esta doctrina penal sustantiva es la imposibilidad de enjuiciar a un partícipe si no se enjuicia al autor. Salvo supuestos excepcionales (por ejemplo, que el autor haya sido enjuiciado y condenado con anterioridad) la accesoriedad de la participación impide el enjuiciamiento separado, pues el partícipe solo pueda ser condenado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor; y ello exige el enjuiciamiento conjunto o prioritario de éste» (STS 979/2016, de 11 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:4884).

Se ha reiterado que «basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado». Así, «el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe. Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar “a sabiendas” de la injusticia de su resolución» (STS 222/2010, de 4 de marzo — ECLI:ES:TS:2010:1863). En la STS 222/2010, el órgano decisor, engañado por un funcionario, concedió una subvención y adjudicó varios contratos sin ser conocedor de que no se cumplían los requisitos para ello.

Según el principio de accesoriedad relativa, para castigar al partícipe basta con que el hecho del autor sea típico y antijurídico. Esto permite sancionar al partícipe aun cuando el funcionario que dicta la resolución no sea culpable²⁶⁷. Se exige un doble dolo: «El reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro» (646/2021, de 16 de julio — ECLI:ES:TS:2021:2878).

En relación con el delito de prevaricación, la cuestión nuclear es determinar si la exigencia de actuar «a sabiendas de su injusticia» pertenece a la tipicidad subjetiva o, de otra forma, a la culpabilidad. Si esta expresión se refiere al dolo del autor y se entiende que el dolo es una forma de culpabilidad, podría condenarse al partícipe que actúe dolosamente, aunque no se condene al sujeto que dicta la resolución. Así lo interpreta, y es lo que hace en consecuencia, la Sala. Precisamente, siguiendo el criterio sentado por la STS 222/2010, de 4 de marzo, en la STS 303/2013, de 26 de marzo, se condenó al partícipe pese a que quien dictó la resolución fue declarado absuelto por no haber actuado «a sabiendas», dado que su resolución se basó en el informe técnico que precisamente aquel había elaborado²⁶⁸. Si el dolo fuera elemento de la tipicidad subjetiva, el partícipe no podría ser sancionado por falta de dolo en el autor²⁶⁹; su conducta quedaría impune porque no se darían los requisitos para la participación: no

²⁶⁷ Vid. además MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3022.

²⁶⁸ No comparte, en el fondo, la solución adoptada por la STS 303/2013 MUÑOZ CLARES, quien afirma: «la autoridad o funcionario que resuelve engañado por falsificaciones documentales no prevarica, claro que no, por más que dicte una resolución injusta, al igual que no prevarica el juez engañado por la prueba falsaria presentada por una de las partes; en tal supuesto, la parte que aportó pruebas falsas no es ni cooperadora ni inductora de prevaricación pues no convence al juez para que dicte una resolución injusta sino que lo engaña con esa finalidad. Lo mismo ocurre en quien falsifica en todo o en parte un expediente administrativo: engaña a la autoridad o funcionario que luego resuelve con fundamento en la falsedad. La persecución de los hechos no exige asimilar al falsario a la figura del prevaricador». «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», cit., p. 12. SANZ MULAS añade con contundencia que «considerar eso prevaricación, y al funcionario o particular que lleva a cabo el engaño es una falacia». «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 245.

²⁶⁹ Dice GUERRA TSCHUSCHKE que «podría darse una situación paradójica, pues si el autor directo no fuera responsable —por no actuar dolosamente—, el “hombre de atrás” podría quedar impune, por aplicación del principio de accesoriedad relativa que rige en el Derecho Penal español». *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 147.

existiría conducta típica y antijurídica principal²⁷⁰. Si se considera —y aquí lo hemos sostenido— que la conciencia de la actuación injusta es un elemento subjetivo del injusto y este no concurre, no se realizaría el tipo de ilícito. El acto del autor no reuniría todas las exigencias típicas. Como dice LUZÓN PEÑA²⁷¹, si falta el elemento subjetivo del tipo que requiere expresamente la descripción legal, la acción «no es que sea típica pero no culpable, sino que no está siquiera penalmente prohibida, no es típica y antijurídica». No se podría exigir responsabilidad penal al partícipe, en definitiva, quedando impune su conducta.

Con la solución adoptada por el Alto Tribunal, en la práctica, se estaría condenando con la misma pena del autor a quien, siendo normalmente funcionario público, emite un informe o formula una propuesta que hace que la resolución adoptada por el órgano decisorio sea injusta y arbitraria, corrigiéndose por esta vía, de manera indirecta, la imposibilidad de condenarlos como autores²⁷², porque, como antes se indicó, el delito de prevaricación administrativa sólo puede ser cometido en calidad de autor por el funcionario que dicta la resolución y tiene facultades para ello.

Compartimos plenamente la opinión de GUERRA TSCHUSCHKE²⁷³: no pueden ser autores «el resto de funcionarios o autoridades que hubieren preparado la resolución mediante la emisión de informes u otros actos de trámite, que en todo caso podrían ser partícipes del hecho delictivo, pero nunca autores en sentido estricto o directo». En el caso de los informes, sólo podrían ser autores si nos encontramos ante alguna de las prevaricaciones específicas de los arts. 320, 322 y 329 CP, ya que en esos casos sí que está expresamente tipificada la conducta de informar favorablemente. Conviene recordar, no obstante, que, con un concepto de resolución tan amplio como el acogido por la STS 749/2022, podrían ser autores del delito los responsables de «actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley»; es decir, quienes informan o proponen.

²⁷⁰ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 642 (digital).

²⁷¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 228.

²⁷² Ya en este sentido CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 40.

²⁷³ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146.

Con todo esto, en otro orden de ideas, se evidencia la importancia de la dogmática penal. En relación con la interpretación del TS, suscribimos la opinión de ORTIZ DE URBINA GIMENO²⁷⁴: «se trata de una interpretación dogmáticamente poco defendible, que sin embargo persigue el loable objetivo político-criminal de evitar la referida impunidad». Impunidad que es consecuencia, en estos casos de informes o propuestas de adjudicación de una plaza en un concurso público, de que no estamos ante una resolución, dado que estos actos intermedios carecen de efectos jurídicos, sin que afecten a los derechos de los administrados. Pero también de que no es posible sancionar a quien dicta la resolución si no actúa «a sabiendas de su injusticia».

En cuanto a la inducción, tal conducta consistirá en inducir a un funcionario a dictar una resolución arbitraria; en definitiva, en inducirlo a prevaricar. Por lo tanto, quien actúa de este modo responderá conforme a lo previsto por el art. 28 a) CP. Para este caso de la inducción, «es necesario que en los hechos probados se recoja una actividad de quien conociendo la condición de funcionario de una persona, la inclina y determina eficaz y decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta» (STS 549/1997, de 26 de abril — ECLI:ES:TS:1997:8099).

Ciertamente, el caso de la autoría mediata resulta especialmente problemático, motivo por el cual conviene realizar un análisis más detenido²⁷⁵. No en vano GUERRA TSCHUSCHKE ha señalado que «se trata de un supuesto de casi imposible configuración en el delito del art. 404 CP»²⁷⁶. En teoría, ambos (autor mediato y directo) deberían tener facultades decisorias, lo que, ya de por sí, dificulta enormemente la posibilidad de que aparezca una autoría mediata. En un procedimiento concreto, suele ser un único órgano el que ostenta las competencias decisorias. Con carácter general, el instrumento no debe ser consciente de lo que hace, es inimputable o actúa obligado con miedo o fuerza irresistible.

Al tratarse de una forma de autoría, deben concurrir necesariamente las condiciones que el tipo requiere para ser autor, a lo que se añade en este delito las atribuciones para dictar la resolución en

²⁷⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 374.

²⁷⁵ La pregunta se la realizan ORTIZ DE URBINA GIMENO/MONTANER FERNÁNDEZ: ¿«si no se puede hablar de participación, podría considerarse la posibilidad de que el tipo haya sido cometido por autoría mediata (con error en el autor inmediato)»?». «Protección penal de los bienes públicos», cit., pp. 642-643 (digital).

²⁷⁶ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146.

el asunto administrativo. Nos encontramos ante un delito de infracción de deber²⁷⁷ y, por ello, «la esencia de la imputación radica en la infracción del deber que pesa sobre el sujeto especial»²⁷⁸. En consecuencia, quien no está obligado por dicho deber extrapenal puede ser, a lo sumo, partícipe. El sujeto no cualificado que utiliza a otro cualificado (el órgano decisor) para que dicte la resolución en un determinado sentido no reúne las condiciones requeridas para ser autor²⁷⁹. Ni siquiera las reuniría, aun siendo funcionario, cuando carece de potestad resolutoria. Como ha señalado GUERRA TSCHUSCHKE, «si dicho hombre fuera el funcionario competente, es claro que el instrumento no podría dictar la resolución prevaricadora»²⁸⁰.

De acuerdo con FEIJOO SÁNCHEZ²⁸¹, si el hombre de atrás no puede ser autor mediato, habría que acudir a otros tipos penales, como las coacciones o las amenazas. El engaño, según pone de manifiesto también este autor, será impune, salvo que pueda calificarse como estafa.

E. Consumación del delito

La prevaricación es un delito de mera actividad y no de resultado²⁸². Ahora bien, éste no es un delito de peligro, sino de lesión²⁸³. El dictado de la resolución arbitraria ya consume el tipo penal. La

²⁷⁷ Por todos, AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., pp. 217-218.

²⁷⁸ FERRÉ OLIVÉ, J.C./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., «Autoría y participación», en FERRÉ OLIVÉ, J.C./NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, p. 642

²⁷⁹ Vid. GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 146-147.

²⁸⁰ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146-147. Por su parte, y coincidiendo en el fondo de la cuestión, dicen ORTIZ DE URBINA GIMENO/MONTANER FERNÁNDEZ que la solución de estimar una autoría mediata «tiene el problema de que aquél a quien consideramos autor mediato nunca podría haber dictado la resolución él mismo (por no ser competente)». «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 643 (digital).

²⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1092.

²⁸² Vid. no obstante la propuesta de RODRÍGUEZ RAMOS considerando que la prevaricación se consume cuando la resolución entra en el tráfico jurídico. La propuesta de *lege lata* de este autor permitiría admitir sin ninguna dificultad la comisión por omisión y, en otro orden de cosas, conllevaría también admitir supuestos de tentativa completa. «Reinterpretación de la prevaricación», cit., pp. 7 y ss.

²⁸³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 37.

lesión del bien jurídico, como también se aprecia en la jurisprudencia, se produce con el dictado de la resolución, sin que sea preciso que ésta «se ejecute y materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración» (STS 477/2018, de 17 de octubre — ECLI:ES:TS:2018:3688). No es necesario, por lo tanto, que la resolución llegue a ejecutarse ni que cause materialmente ningún perjuicio a un ciudadano o a la misma Administración, pese a que ello, requerirlo, pudiera ser conveniente desde una perspectiva limitadora de la intervención del *ius puniendi*²⁸⁴.

Toda resolución arbitraria afecta ya al correcto funcionamiento de la Administración pública²⁸⁵. Tiene dicho la Sala Penal del TS, que «el tipo del delito no exige ni el logro de lucro, ni el perjuicio de terceros, ni de la Administración» (STS de 27 de noviembre de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:19705).

En ocasiones la jurisprudencia exige que la resolución «ocasione un resultado materialmente injusto» (STS 743/2013, de 11 de octubre — ECLI:ES:TS:2013:4949). Sin embargo, dado que no se requiere la producción de un menoscabo objetivo a la cosa pública, esta exigencia debe ser entendida como «referida a la propia afectación del bien jurídico protegido»²⁸⁶.

Para la consumación habría que diferenciar, no obstante, entre actos expresos y actos presuntos. En los primeros, la consumación se produce con la adopción de la resolución; respecto a los segundos, habrá que estar al vencimiento de los plazos administrativos, que generalmente es de tres meses²⁸⁷.

Tratándose de un delito de mera actividad, sólo cabe la tentativa inacabada, porque la acabada se correspondería con la consumación²⁸⁸. Habrá tentativa cuando hubiera comenzado, pero no finalizado por razones ajenas a la voluntad del órgano decisor, el acto de dictar la resolución²⁸⁹. Las posibilidades de que haya tentativa dependerán, en realidad, de los trámites que requiera la resolución para llegar a emitirse²⁹⁰. El ejemplo paradigmático es el de los funcionarios que votan

²⁸⁴ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1993.

²⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1092.

²⁸⁶ HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 43.

²⁸⁷ Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1132; NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 872.

²⁸⁸ Por todos, ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1782.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reinterpretación de la prevaricación», cit., p. 5.

²⁹⁰ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1858.

a favor de una resolución que finalmente no se adopta por falta de la mayoría exigida²⁹¹.

Ciertamente, si se considerase que estamos ante un delito de resultado, cabrían hipótesis de tentativa acabada y de arrepentimiento eficaz, que no resultan admisibles de considerar que la prevaricación es un delito de mera o simple actividad²⁹².

III. POSIBLES CONDUCTAS PREVARICADORAS DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO

En lo que sigue, nos centraremos específicamente en el análisis de la posibilidad de que el profesorado universitario realice conductas que den lugar a la comisión del delito del art. 404 CP en el marco de la selección del profesorado universitario y las evaluaciones. No entramos en este trabajo en conductas que puedan constituir otros delitos, aunque algunas resultan fácilmente imaginables. Por ejemplo, podrían darse casos de amenazas o coacciones para disuadir a un aspirante de participar en el concurso para la provisión de una plaza o de presentarse a alguna de las pruebas, dado que ello podría suponer un riesgo para un determinado candidato²⁹³. Asimismo, aunque nos centraremos en esos dos escenarios, también podrían darse conductas prevaricadoras, por ejemplo, en el acto que resuelve una convocatoria de ayudas sobre proyectos de investigación o de innovación docente.

A. En la selección del profesorado universitario

1. Sobre la selección del profesorado universitario y los efectos criminógenos de la normativa universitaria

La autonomía de las universidades, reconocida constitucionalmente (art. 27.10 CE), aunque la determinación de su contenido y alcance corresponde al legislador, incluye, entre otras competencias, «la selección, formación y promoción del personal docente e inves-

²⁹¹ Entre otros, NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 681.

²⁹² Vid. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 12.

²⁹³ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 44.

tigador» (art. 3.2 j). LOSU)²⁹⁴. Esta atribución corresponde tanto a las universidades públicas como a las privadas. Así, la selección del PDI es competencia de las propias universidades, siempre dentro, por supuesto, del marco legal estatal y autonómico y, en el caso de las universidades públicas, con sujeción a los principios de mérito y capacidad (art. 23.2 CE), sin distinguir, a estos efectos, entre los distintos escalones o categorías docentes²⁹⁵.

En las universidades públicas, el acceso a las plazas de los cuerpos docentes universitarios (personal funcionario) y del PDI contratado en régimen laboral se realiza, por lo general, mediante concurso público —bien en la modalidad de concurso-oposición, bien en la de concurso de méritos— cuya convocatoria corresponde a las propias universidades. Es decir, se lleva a cabo a través de procedimientos competitivos de valoración de méritos, abiertos a la participación de cualquier persona que cumpla los requisitos generales y específicos establecidos en la correspondiente convocatoria²⁹⁶. La selección del profesorado visitante, distinguido y emérito queda exceptuada de la exigencia de concurso público²⁹⁷. El nombramiento del profesorado emérito se rige por sus propias reglas, previstas en el art. 81 LOSU. Su contratación se efectuará conforme a lo que establezca cada universidad.

Las universidades privadas siguen sus propios criterios de contratación, como cualquier empresa privada, aunque existe la acreditación a profesor de universidad privada y la normativa universitaria estatal exige que, al menos, el 60 por ciento del total de su profesorado doctor haya obtenido evaluación positiva a tal figura de la ANECA

²⁹⁴ Vid. CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 190; GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 387; SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Autonomía y organización de las universidades públicas y privadas (estudio crítico de las premisas y prejuicios de una regulación mejorable)*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 42-43.

²⁹⁵ Vid. MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., p. 11.

²⁹⁶ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 198.

²⁹⁷ Lo que, en opinión de ANDRÉS LLAMAS, «no parece compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público». «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10, 2023, p. 21.

o del órgano de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma aplicable determine (art. 99.3 LOSU).

Para concurrir a las plazas de catedrático, profesor titular y profesor permanente laboral, es necesario, además de poseer el título de doctorado, contar con la correspondiente acreditación a la figura respectiva²⁹⁸. Toda persona que desee participar en un concurso para alguna de estas categorías docentes debe haberse sometido previamente, con resultado favorable, a un proceso de acreditación nacional o, en su caso, autonómico (para los permanentes laborales). La acreditación supone haber obtenido una evaluación positiva del currículum docente e investigador. El sistema de acreditación fue introducido por primera vez en 2007 (LO 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; LOU), viniendo a sustituir al antiguo sistema de habilitación nacional previa aplicable a catedráticos y titulares de universidad. Con este modelo actual de acreditación previa seguida de concurso, se busca alcanzar, según AMOEDO-SOUTO²⁹⁹, un equilibrio en el ejercicio de la autonomía universitaria. Las comunidades autónomas del País Vasco y de Cataluña cuentan con figuras propias de profesorado laboral, en cuyas particularidades no entramos.

En relación con los concursos de acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios, regulados por aquel entonces por el art. 62 LOU, la STC 176/2015, de 22 de julio, afirmó que se trata de «auténticos concursos de acceso», en la medida en que pueden participar en ellos personas que, aun contando con la acreditación correspondiente, «no forman parte del cuerpo al que pertenece la plaza vacante».

En el caso de los cuerpos docentes universitarios, es aplicable lo dispuesto en la LOSU (art. 71) y en su normativa de desarrollo, el Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos. Por su parte, las disposiciones relativas a los concursos para el acceso a plazas de PDI laboral se recogen en el art. 86 LOSU, teniendo en cuenta que su selección se remite a la normativa interna de las distintas universidades y a las propias convocatorias de las plazas, respetando

²⁹⁸ Con críticas al sistema de acreditación, vid. SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., *passim*; el mismo, «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., *passim*.

²⁹⁹ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 398.

en todo caso la normativa autonómica aplicable, por ejemplo, en materia de promoción³⁰⁰.

Estas normas estatales constituyen, en realidad, una regulación de mínimos³⁰¹, dejando margen para que sean las propias universidades públicas las que, en ejercicio de su autonomía, establezcan, en sus normativas internas sobre los concursos para la provisión de plazas, tanto la composición de las comisiones de selección como el diseño de las pruebas (número, objeto y contenido de los ejercicios, etc.). Esta flexibilidad permite que los procesos de selección puedan presentar notables diferencias entre las distintas universidades e incluso, que no exista uniformidad en el acceso a los puestos docentes universitarios³⁰², hasta el extremo de que dicha disparidad podría llegar a menoscabar el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad³⁰³. En algunas universidades, para el acceso a las plazas de profesor titular y catedrático, se prevé una única prueba, mientras que en otras, en cambio, se exige un segundo ejercicio, en el que los candidatos tienen que presentar y defender ante la comisión juzgadora un trabajo científico original (aunque no siempre inédito)³⁰⁴.

Según el art. 28 del RD 678/2023, «los concursos de acceso a los que se refiere el artículo 71 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, se regirán por las bases de sus respectivas convocatorias, de acuerdo con lo establecido en dicha Ley Orgánica, así como en el presente real decreto, en la normativa interna de la universidad convocante y en las demás normas de carácter general que resulten de aplicación». Y conforme prescribe el art. 29.1 del mismo RD, «las universidades, de acuerdo con lo que establezca su normativa interna, convocarán concursos de acceso a plazas que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto (...)».

El acceso del PDI laboral se realizará mediante concurso público, salvo en el caso del profesorado visitante y distinguido, así como de las figuras reguladas por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia,

³⁰⁰ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 201.

³⁰¹ Cfr. AYMERICH CANO, C., «Selección y promoción del profesorado de las universidades públicas», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 489.

³⁰² MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 14 y ss.

³⁰³ MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 18 y 27.

³⁰⁴ MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», cit., p. 36.

la Tecnología y la Innovación. Los procedimientos para la selección del personal laboral «se realizarán en todo caso a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, así como la posibilidad de recurso ante la propia universidad. Asimismo, la composición de las comisiones de selección garantizará los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y cualificación» (art. 86.1 párrafo segundo LOSU)³⁰⁵. Además, «las convocatorias deberán ajustarse a lo establecido en el artículo 65 y el artículo 71.1, quedando excluida de esta disposición la selección de Profesoras/es Asociadas/os, que se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión compuesta por miembros de la universidad» (art. 86.2 inciso primero LOSU). La regulación del procedimiento de estos concursos se llevará a cabo a través de la normativa autonómica y de la normativa interna de cada universidad, respetando en todo caso los mínimos fijados por el art. 86 LOSU.

Las previsiones del art. 65 LOSU, como bien señala CHAVES GARCÍA³⁰⁶, se refieren a la paridad que debe presidir el desarrollo de las convocatorias en un doble sentido: como criterio de composición, imponiéndose una presencia equilibrada de mujeres y hombres en las comisiones de selección (art. 65.3 LOSU), y como criterio de adjudicación. En este último aspecto, el número primero del art. 65 dispone que, en el marco del establecimiento de medidas de acción positiva destinadas a favorecer el acceso de las mujeres, «se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría de que se trate»³⁰⁷.

De conformidad con lo previsto en el art. 71.1 LOSU: «1. Las universidades, de acuerdo con lo que establezca su normativa interna, convocarán concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto, según se desarrolle reglamentariamente. En todo caso, dichos

³⁰⁵ Entiende VALVERDE ASENCIO que, como el procedimiento ha de garantizar la concurrencia, la norma excluye procedimientos basados en el concurso de méritos. «El personal docente e investigador laboral», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 440.

³⁰⁶ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., pp. 193-194.

³⁰⁷ Como ha hecho notar CHAVES GARCÍA, no se habla de menor representación en el área de conocimiento, lo que puede generar consecuencias perturbadoras. «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 194.

concursos contemplarán las siguientes condiciones: a) La experiencia docente y la experiencia investigadora, incluyendo la de transferencia e intercambio del conocimiento, tendrán una consideración análoga en el conjunto de los criterios de valoración de los méritos a considerar por las universidades. Las universidades podrán establecer en la convocatoria otros méritos a valorar. b) Las comisiones de selección estarán integradas por una mayoría de miembros externos a la universidad convocante elegidos por sorteo público entre el conjunto del profesorado y personal investigador de igual o superior categoría a la plaza convocada. Dicho sorteo se realizará a partir de una lista cualificada de profesorado y personal investigador elaborada por la universidad, en los términos en los que se desarrolle en la normativa interna (...). Entre esos otros méritos adicionales a valorar pueden incluirse, por ejemplo, los méritos de liderazgo, como destaca AMOEDO-SOUTO³⁰⁸.

El art. 86.2 LOSU establece que el régimen de convocatoria de las plazas de PDI laboral se equipara al previsto para las plazas de los cuerpos docentes universitarios. No obstante, quedan expresamente excluidos de este régimen los procesos de selección del profesorado asociado y del profesorado sustituto, cuya selección se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión integrada exclusivamente por miembros de la propia universidad³⁰⁹. Concurso de méritos a evaluar por una comisión interna, por lo tanto, para estas dos figuras.

³⁰⁸ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 397.

³⁰⁹ Según ANDRÉS LLAMAS, «A tenor de los propios postulados del legislador, la selección del profesorado asociado permitiría una relajación de la arquitectura organizativa que vehicula los principios de imparcialidad y objetividad». «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21. Este mismo autor ofrece una explicación razonable para ello: «probablemente por la búsqueda de una deseable agilidad y la menor relevancia de esta figura respecto del grueso del personal docente e investigador. En efecto, el artículo 86.2 de la LOSU dispone que las comisiones de selección del profesorado asociado no tendrán que estar integradas por una mayoría de miembros externos a la universidad convocante elegidos por sorteo público, limitándose a prescribir que la selección “se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión compuesta por miembros de la universidad”. Ahora bien, esta excepción normativa casa mal con el nuevo carácter indefinido de la figura del profesorado asociado, lo que aconsejaría extremar las cautelas en los procesos selectivos». «Profesorado asociado y sustituto. Novedades e inconsistencias de la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024, p. 165.

En el referido art. 71.1 LOSU se contiene una remisión a la normativa interna de cada universidad para regular el procedimiento de celebración de los concursos, normativa que no necesariamente debe estar recogida en los estatutos, a diferencia de lo que ocurría con la LOU³¹⁰. La normativa interna que regule el procedimiento por el que se regirán los concursos para el acceso a las plazas deberá ser aprobada por el Consejo de Gobierno de la universidad y publicada en el boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente. Dicha normativa puede adoptar, por ejemplo, la forma de reglamento.

Según el art. 33.1 RD 678/2023, «la normativa interna de cada universidad regulará el procedimiento que ha de regir en los concursos de acceso, que deberá valorar, en todo caso, la experiencia docente y la experiencia investigadora, incluyendo la de transferencia e intercambio del conocimiento, que deberán tener una consideración análoga en el conjunto de los criterios de valoración de los méritos del candidato o candidata, su proyecto docente e investigador, así como contrastar sus capacidades para la exposición y debate ante la comisión de selección, en sesión pública, en la correspondiente materia o especialidad. Las universidades podrán establecer en la convocatoria otros méritos a valorar». De este modo, la normativa de desarrollo de la LOSU impone una valoración equivalente de la experiencia docente e investigadora, la presentación de un proyecto docente e investigador por los candidatos, la necesidad de un debate ante la comisión y el carácter público de las pruebas.

El art. 32 RD 678/2023, que regula la composición de las comisiones, reproduce parcialmente la redacción del art. 71.1 LOSU. Así las cosas, «es, pues, voluntad común del legislador y del gobierno entregar la regulación de estos aspectos a la labor de desarrollo de opciones propias de cada Universidad, a través de su normativa interna»³¹¹.

En el art. 34.3 RD 678/2023, se establece que «en los concursos de acceso, las universidades harán públicos la composición de las comisiones y los currículos de sus miembros, así como los criterios para la adjudicación de las plazas. Asimismo, una vez celebrados los concursos, harán públicos los resultados de la evaluación de cada candidato

³¹⁰ CARLÓN RUIZ, M., «La autonomía universitaria en el cumplimiento de las funciones de las universidades en el marco de la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 68; AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 409.

³¹¹ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 398.

o candidata, con una explicación motivada y desglosada por cada uno de los aspectos evaluados».

De acuerdo con el art. 35 RD 678/2023, una vez realizadas las pruebas, la comisión evaluadora podrá declarar la plaza desierta o proponer al rector «motivadamente y con carácter vinculante», una relación ordenada de los candidatos según la puntuación obtenida. El rector procederá al nombramiento del candidato propuesto, ordenará la publicación de dicho nombramiento en los boletines oficiales correspondientes y lo comunicará al consejo de universidades. Esa propuesta de la comisión tiene, por lo tanto, un carácter vinculante. Ha de entenderse, no obstante, que puede ser rechazada en casos de manifiesta ilegalidad.

Entre la propuesta de la comisión evaluadora y el nombramiento, debe mediar un plazo de diez días, durante el cual los concursantes podrán formular una reclamación ante el rectorado. La admisión a trámite de dicha reclamación suspenderá el nombramiento hasta su resolución. «La reclamación será valorada por una comisión compuesta por miembros elegidos de entre los colectivos de Catedráticos o Catedráticas de Universidad pertenecientes a diversos ámbitos del conocimiento, designados en la forma que establezcan los Estatutos, con amplia experiencia docente e investigadora» (art. 36.1 párrafo primero RD 678/2023). La comisión podrá ratificar o no la propuesta, previa audiencia de sus miembros y de las personas candidatas. A propuesta de la comisión de reclamaciones, el rector dictará resolución en el plazo máximo de tres meses, teniendo el eventual silencio administrativo efectos negativos. La resolución del rector pondrá fin a la vía administrativa (art. 36.2 RD 678/2023).

Como consecuencia de la autonomía que ostentan en esta materia, cada universidad es responsable de regular internamente el proceso de selección, siempre dentro del marco general establecido por la LOSU y el RD 678/2023, así como respetando las disposiciones normativas autonómicas existentes. De este modo, dado que cada institución puede adaptar sus propios criterios y el procedimiento de acceso, pueden existir amplias diferencias entre unas y otras universidades. En definitiva, las universidades podrán diseñar sus propios modelos en lo que a la selección del profesorado respecta, pero «siempre que no afecte a competencias básicas del Estado central y a las que ejercen las Comunidades Autónomas», según puntualiza MATIA PORTILLA³¹².

³¹² MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., p. 6.

La valoración de los méritos, sobre la base de unos criterios específicos fijados conforme a las bases de la convocatoria y en consonancia con los baremos o criterios generales aprobados por cada universidad, corresponde a las comisiones de selección, integradas por docentes universitarios. Estas comisiones son órganos técnicos, pero «en base al conocimiento, no en base a que sean capaces de evaluar capacidades y habilidades del PDI»³¹³. Las propias comisiones evaluadoras son las que fijan los criterios específicos que regirán la selección, de manera que en estos órganos se produce una acumulación de funciones normativas y jurisdiccionales³¹⁴. Las comisiones disponen de un margen significativo de discrecionalidad, incluso cuando se trata de valorar los méritos conforme a un baremo, pues, en estos casos, la puntuación de cada mérito, normalmente según su relevancia o calidad, debe asignarse dentro de una horquilla (por ejemplo, de 1 a 3 puntos). En principio, las comisiones están integradas por profesores del área de conocimiento correspondiente a la plaza, con el fin de que la idoneidad académica de los candidatos sea evaluada desde un criterio experto. De no ser posible, pueden participar profesores de áreas de conocimiento afines al de la plaza convocada.

Las comisiones son designadas por las propias universidades y suelen estar compuestas, según lo que determine internamente cada institución, por tres o por cinco miembros. Los requisitos relativos al número de integrantes de la comisión se han relajado, pues históricamente los tribunales estaban compuestos por siete miembros, al menos en el caso de las oposiciones a cuerpos docentes. Una vez concluidas las pruebas, la comisión deberá formular una propuesta de provisión de la plaza a favor del candidato que haya obtenido la mayor puntuación total entre todos los aspirantes considerados aptos.

En la selección del profesorado ayudante doctor, pudiendo concurrir a esta clase de convocatorias con el título de doctorado, sin necesidad de previa acreditación desde la entrada en vigor de la LOSU, el procedimiento suele articularse mediante un concurso de méritos. Se valoran los méritos reflejados en los currículos aportados por los candidatos, siempre que estén debidamente acreditados documentalmente, y conforme a los criterios de valoración previamente aprobados. Estos criterios son fijados específicamente por la comisión de selección, con el visto bueno de la universidad, y normalmente

³¹³ GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., pp. 387-388.

³¹⁴ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 1.

se publican junto con las bases de la convocatoria —y en todo caso antes de conocer el listado de personas admitidas al concurso—. Los criterios se concretan en baremos que asignan puntuaciones máximas por bloques (por ejemplo, experiencia investigadora) e ítems (por ejemplo, hasta cuatro puntos por proyecto en el caso de participación en proyectos europeos o internacionales de investigación). Se establece, asimismo, una puntuación mínima por apartados (por ejemplo, en investigación o docencia), de modo que los candidatos que no alcancen alguno de los umbrales fijados serán declarados no aptos. Las comisiones propondrán al rectorado la contratación del aspirante que, entre todos los considerados aptos, haya obtenido la puntuación más alta en la evaluación de los méritos. En la normativa de algunas universidades, además de la valoración del currículum, se contempla la realización de una prueba oral, a modo de entrevista personal, a los candidatos, también con una puntuación mínima de corte. En ocasiones, la decisión de celebrar dicha prueba queda a criterio de la comisión de selección. Cuando el procedimiento consta de dos fases, la propuesta de provisión recaerá en el candidato que obtenga la mayor puntuación total resultante de la suma de las valoraciones del currículum y de la prueba oral.

Las pruebas de selección del profesorado permanente laboral y del profesorado perteneciente a los cuerpos docentes universitarios responden, por lo general, al modelo de concurso-oposición. El proceso normalmente incluye dos pruebas eliminatorias. La primera, con mayor peso en la puntuación final, consiste en la exposición y defensa oral del historial de méritos alegados y del proyecto docente e investigador presentado, seguida de un debate con la comisión evaluadora. La capacidad de exposición y debate también es objeto de valoración. La segunda prueba varía según la categoría del profesorado: puede consistir en la exposición de un tema del programa docente (que en algunos casos puede ser elegido por el propio aspirante), o en la presentación oral de un trabajo original de investigación elaborado por la persona candidata, en ambos casos seguida de un debate con la comisión evaluadora. Ambas pruebas son eliminatorias si no se alcanza la puntuación mínima requerida en cada caso. Este sistema ha sido criticado porque no garantiza que el concursante conozca el contenido del programa de la asignatura, dado que, cuando se exige la exposición de un tema, no siempre se especifica que la selección de dicho tema se realice por sorteo³¹⁵. Algunas universidades permiten que el candidato elija libremente el tema del proyecto docente a exponer.

³¹⁵ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 17.

La lucha contra la llamada endogamia está presente en el espíritu de la LOSU³¹⁶. Entre las medidas adoptadas con este fin —y que aquí nos interesan especialmente— destacan aquellas dirigidas a garantizar que las comisiones de selección estén integradas mayoritariamente por miembros externos a la universidad convocante de la plaza³¹⁷, así como la elección mediante sorteo de dichos miembros externos «entre el conjunto del profesorado y personal investigador de igual o superior categoría a la plaza convocada»³¹⁸. No obstante, «dicho sorteo se realizará a partir de una lista cualificada de profesorado y personal investigador elaborada por la universidad, en los términos en los que se desarrolle en la normativa interna» (art. 71.1 b LOSU). A esto se suma lo dispuesto en el art. 32.4 del RD 678/2023 en materia de conflictos de interés.

Aunque se permite que la universidad convocante de la plaza elabore la lista de personas susceptibles de ser sorteadas, la nueva regulación ha recibido una valoración positiva por parte de ANDRÉS LLAMAS: «En particular, la exigencia de miembros externos a la universidad convocante y elegidos por sorteo público —aunque se trate de un sorteo restringido— en las comisiones de selección puede favorecer una mayor efectividad de los principios de imparcialidad, independencia y objetividad en los procesos selectivos»³¹⁹. A nuestro

³¹⁶ Cfr. ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21; AYMERICH CANO, C., «Selección y promoción del profesorado de las universidades públicas», cit., p. 466; GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», *Diario La Ley*, n.º 10368, 2023, p. 2; JALVO MARINA, M.B., «El profesorado de los cuerpos docentes universitarios y el personal docente e investigador laboral en la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024, p. 128.

³¹⁷ Reclamando la presencia de «miembros externos a la academia» en las comisiones, CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 40.

³¹⁸ ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21; CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 197; AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 408; GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., p. 28; SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», en RODRÍGUEZ-ARANA, J./SARMIENTO ACOSTA, M.J./SENDÍN GARCÍA, M.A. (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario*, Colex, A Coruña, 2025, p. 271.

³¹⁹ ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 22.

parecer, se trata de un avance, aunque aún insuficiente, pues el sorteo debería ser ampliado para incluir a todo el profesorado del área de conocimiento, de igual o superior categoría a la plaza convocada. Al menos, no es la universidad la que directamente designa a todos los miembros del tribunal.

En cuanto a la abstención de los miembros de las comisiones evaluadoras, a pesar de la concurrencia de circunstancias que deberían motivarla, lo cierto es que rara vez se produce³²⁰. Con carácter general, resulta aplicable el régimen de abstención y recusación del procedimiento administrativo común (art. 23 y concordantes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

El RD 678/2023 ha introducido, no obstante, la noción de conflicto de interés, que incluye supuestos de especial vinculación entre aspirantes y miembros de las comisiones evaluadoras que tradicionalmente no habían sido considerados como causas de recusación o abstención por los tribunales³²¹. En concreto, el art. 32.4 RD 678/2023 establece que la existencia de un conflicto de interés con respecto a cualquier persona candidata deberá motivar la renuncia del miembro afectado, si concurre alguna de las siguientes circunstancias³²²: a) haber sido coautor o coautora de publicaciones o patentes en los últimos seis años³²³; b) haber mantenido relación contractual o haber formado parte de los equipos de investigación que participen en proyectos o contratos de investigación junto con la persona candidata; c) ser o haber sido director o directora de la tesis doctoral defendida en los últimos seis años.

Estas situaciones, si bien no determinan automáticamente la nulidad de los actos realizados, pueden dar lugar a su anulabilidad si se demuestra que la intervención del miembro afectado fue decisiva

³²⁰ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», *Actualidad administrativa*, n.º 5, 2008, p. 2.

³²¹ GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», cit., p. 4.

³²² Sobre su interpretación, vid. GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», cit., pp. 6 y ss., quien pone de manifiesto que, en realidad, por la redacción del precepto no se trata de un *numerus clausus*; de tal manera que, a su juicio, «debería extenderse la declaración a cualquier situación que pudiera comprometer una valoración objetiva. A modo de ejemplo, una importante colaboración en actividad empresarial como la de ser socio de una *spin off* universitaria».

³²³ Sobre esto, los tribunales venían realizando pronunciamientos dispares cuando se planteaba como causa de recusación haber realizado trabajos de investigación conjuntos; vid. CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Recusación y abstención de funcionarios públicos en procesos selectivos de acceso a la Función Pública», *Actualidad administrativa*, n.º 3, 2016, p. 3.

para el resultado final del proceso (arts. 48 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Se ha planteado, en este sentido, la conveniencia de extender estos criterios también a los procedimientos de contratación del profesorado laboral, incorporándolos de forma expresa en las normativas autonómicas y en las normativas internas de las universidades, con el objetivo de salvaguardar la imparcialidad y la objetividad en la selección del PDI³²⁴.

Otra de las medidas dirigidas a combatir la endogamia es la prohibición de incluir perfiles específicos en las convocatorias, relativos generalmente a líneas de investigación. En ocasiones, algunos perfiles coincidían incluso con títulos de trabajos publicados por una determinada persona. Quien no se adecuaba al perfil debía ser descartado o sus méritos recibían una puntuación menor. Según MONROY ANTÓN³²⁵, «este tipo de convocatoria, lógicamente, vulnera los principios de mérito e igualdad que deben estar presentes según la legislación española». De conformidad con lo establecido por el art. 29.2 RD 678/2023, «las plazas convocadas a concurso para el acceso a los cuerpos docentes universitarios deberán indicar una o más especialidades de conocimiento a las que se adscriben y no podrán perfilarse más allá de esta adscripción». Según la Disposición Adicional novena del RD 678/2023, las comunidades autónomas y las universidades regularán respecto de los concursos de acceso a plazas de profesorado laboral «la limitación de la perfilación de las plazas a dicha adscripción en términos análogos a los establecidos para los cuerpos docentes universitarios». En teoría, la prohibición de perfilación alcanza también a las plazas de profesorado laboral, si bien su aplicación concreta dependerá de la regulación que adopten las comunidades autónomas y las propias universidades.

Corresponde a cada universidad, a través de su normativa interna, determinar tanto el número de integrantes de las comisiones de selección como los requisitos de cualificación exigibles a sus miembros. Asimismo, es responsabilidad de cada universidad elaborar, para cada concurso, el listado de profesorado externo sorteable. Las normativas internas han de prever también el número de personas que

³²⁴ GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», cit., p. 7. Este autor ha propuesto «extender este tipo de conflicto de intereses a otros procesos universitarios, tales como tribunales de tesis, tribunales de TFG y TFM y cualesquiera otro proceso selectivo de personal investigador al amparo de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Las situaciones que se pueden dar son muy semejantes y las obligaciones de imparcialidad deberían ser las mismas».

³²⁵ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2.

formarán parte de dicho listado. En cuanto a los requisitos de cualificación para los miembros sorteables que permite incluir la LOSU, estos pueden consistir, por ejemplo, en poseer un determinado número de tramos de investigación o de docencia³²⁶. Ahora bien, tal y como advierte SENDÍN GARCÍA, el concepto de lista cualificada «constituye un concepto jurídico indeterminado de no fácil precisión»³²⁷. La exigencia de cualificación tendrá como efecto inmediato la reducción del número de personas susceptibles de ser incluidas en el listado de docentes sorteables³²⁸. AMOEDO-SOUTO³²⁹ menciona adecuadamente la posibilidad de establecer méritos cualificados en función del perfil de cada concurso (distinguiendo por ejemplo entre concursos de turno libre o de promoción).

Las comisiones están compuestas por un presidente, un secretario y uno o varios vocales. Cuando la comisión esté integrada por cinco miembros, el presidente y el secretario podrán pertenecer al departamento al que se adscribe la plaza convocada. Los vocales, en cambio, deberán ser profesorado externo, procedente de otras universidades. La designación del presidente y del secretario corresponderá a la universidad convocante, generalmente a propuesta del departamento al que está adscrita la plaza.

Según la valoración crítica de MATIA PORTILLA, «la reforma no garantiza un acceso a los cuerpos docentes universitarios que respete el principio de igualdad. La LOSU no solamente no acaba con la desigualdad en el diseño de los concursos a PTUNs y CAUNs existentes en nuestro país, sino que asume esta indeseable situación con normalidad. Y la aparente intención de externalizar las comisiones no pasa de ser un retoque cosmético, puesto que el sorteo se realizaría en base a un listado elaborado por la propia Universidad (léase Departamento) afectada»³³⁰.

SERRANO GÓMEZ se ha mostrado aún más incisivo en sus críticas: «No se dice cuál ha de ser el número de los que han de integrar la lista. Esta puede ser reducida y nombrar a profesores afines, por tanto, la situación sigue prácticamente igual. En todo caso permite

³²⁶ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 197.

³²⁷ SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», cit., p. 271.

³²⁸ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 409.

³²⁹ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 398.

³³⁰ MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», cit., pp. 62-63.

eliminar a los enemigos. Tampoco se especifica cómo ha de ser la lista “cualificada”, que según el Diccionario de la RAE es “calificado de autoridad, mérito y respeto. De buena calidad o de buenas cualidades”. Antes los componentes de las comisiones eran cinco, ahora ya hay universidades que los reducen a tres»³³¹.

Históricamente, se ha cuestionado la participación de miembros del propio departamento, con quienes el candidato local suele mantener vínculos personales o de amistad, en las comisiones de selección, así como la aprobación de criterios diseñados *ad hoc* para favorecer los méritos de un determinado aspirante³³², preorientando de este modo la resolución del concurso. Aunque la LOSU impone que la mayoría de los miembros de las comisiones de selección deben ser externos a la universidad convocante, se permite la presencia de miembros internos (elegidos directamente por el departamento), que además ocuparán los cargos de presidente y secretario de la comisión, y en la práctica son los departamentos quienes proponen la composición de estas comisiones³³³. Esta situación ha contribuido a alimentar la percepción generalizada de falta de imparcialidad en los procesos selectivos, hasta el punto de que, al decir de SERRANO GÓMEZ³³⁴, «casi siempre concursa solo el candidato de la universidad convocante, pues otros que podrían hacerlo dudan de la imparcialidad del tribunal»³³⁵. En estas circunstancias, incluso personas altamente cualificadas optan por no presentarse. Según ha expresado GÓMEZ GIL, «cualquier especialista ajeno a él [a un departamento], que haya mostrado su competencia se convierte a sus ojos en irreconciliable enemigo y en su contra se hará lo imposible por impedirle el acceso a su departamento»³³⁶.

³³¹ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 17.

³³² MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2.

³³³ SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., p. 3; el mismo, «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., pp. 7-8 y 17.

³³⁴ SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., p. 3.

³³⁵ Para ANDRÉS LLAMAS, «la forma en que se elabore la lista cualificada objeto del sorteo será determinante de la eficacia de una regulación con loable finalidad desde la perspectiva del principio de buena administración». «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21.

³³⁶ GÓMEZ GIL, A., «Estafa y prevaricación en la enseñanza universitaria», *Cuadernos republicanos*, n.º 35, 1998, p. 68.

Se ha denunciado que los procesos de selección del profesorado en las universidades públicas están plagados de irregularidades y fraudes^{337/338}. Junto a su marcado carácter endogámico, esta es una de las críticas más frecuentes que recibe el sistema³³⁹. En opinión de GAVARA DE CARA, el sistema de selección del profesorado «puede envolver criterios endogámicos con cierta facilidad, ya que se puede establecer comisiones, ejercicios y perfiles que favorezcan a los candidatos internos de la propia Universidad»³⁴⁰. También ha sido objeto de reproche la escasa objetividad de las pruebas orales, lo cual «reduce las posibilidades de hacer una efectiva comparación entre candidatos, favoreciendo la subjetividad de los juzgadores»³⁴¹. Se ha afirmado asimismo que la selección del profesorado es «cada vez más opaca y menos rigurosa»³⁴². Algunos autores llegan incluso a hablar de «corrupción y arbitrariedades en la selección del profesorado»³⁴³. Según SERRANO GÓMEZ el sistema está «lleno de corruptelas»³⁴⁴. La consecuencia de todo ello es la incorporación de un personal me-

³³⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 1; MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., pp. 1 y ss.; GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., p. 382.

³³⁸ MONROY ANTÓN señala que en las plazas de profesorado asociado, por ser las más frecuentes, se pueden acumular mayores irregularidades. «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2. Según ANDRÉS LLAMAS, la plaza de asociado, a raíz de la Gran Recesión, fue utilizada para que el profesorado se iniciase o continuase, supuso «la adulteración de los procesos selectivos, puesto que se optaba por elegir a sabiendas para estos puestos a jóvenes académicos (en lugar de a profesionales externos)». «Profesorado asociado y sustituto. Novedades e inconsistencias de la LOSU», cit., p. 161.

³³⁹ GÓMEZ GIL, A., «Estafa y prevaricación en la enseñanza universitaria», cit., p. 68; MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 1.

³⁴⁰ GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., p. 388.

³⁴¹ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., pp. 1 y 3.

³⁴² CARRILLO SALCEDO, J.A., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 48.

³⁴³ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 4. No solamente eso, sino que, según este autor, «entre los profesores se ha aceptado o tolerado todo el sistema de arbitrariedades y corruptelas que rodean a la acreditación y posterior acceso a los cuerpos docentes universitarios, aunque algunos lo critiquen» (p. 21).

³⁴⁴ SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., p. 1.

nos capacitado³⁴⁵ y, en última instancia, una degradación de la educación superior o posobligatoria.

La normativa universitaria, pese a los aspectos positivos de la LOSU, genera efectos criminógenos al permitir que sean las propias universidades las que designen a los miembros de las comisiones evaluadoras encargadas de juzgar las plazas a las que optan sus propios profesores o los candidatos formados en sus departamentos³⁴⁶. Prácticamente es el candidato quien selecciona a los miembros de la comisión, que son propuestos por el departamento correspondiente y nombrados por la universidad³⁴⁷. En palabras de SARMIENTO ACOSTA, «no es posible albergar muchas esperanzas con el nuevo sistema que propicia la LOSU, porque esas listas confeccionadas por las propias universidades para los sorteos también están elaboradas con los que son de la propia cuerda, escuela o ámbito, con lo que la neutralidad que se pretende queda bastante desnaturalizada»³⁴⁸.

A ello se añade que son las comisiones las que no sólo evaluarán a los candidatos, sino que también, con carácter previo, y con mayor o menor discrecionalidad, fijarán los criterios específicos de valoración, aunque estos deban acomodarse a lo establecido en las bases de la convocatoria y tendrán que ser aprobados, en última instancia, por la universidad convocante. Los criterios específicos pueden allanar el terreno para favorecer la solución deseada.

Ciertamente, la propia regulación facilita prácticas fraudulentas o irregulares, así como arbitrariedades y abusos de diversa índole. Algunos concursos han estado totalmente amañados. La regulación vigente da un paso importante mediante la prohibición de la perfilación de las plazas (aunque permite la inclusión de especialidades de conocimiento: derecho penitenciario, v. gr.) y la regulación del conflicto de interés. Con la exigencia de comisiones mixtas, formadas por miembros internos y externos a la universidad convocante, y el sorteo

³⁴⁵ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 3.

³⁴⁶ Por todos, SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 37; el mismo, «40 años evaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 3. Vid. también SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», cit., pp. 242 y ss.

³⁴⁷ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 44.

³⁴⁸ SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Autonomía y organización de las universidades públicas y privadas (estudio crítico de las premisas y prejuicios de una regulación mejorable)*, cit., p. 43.

de los miembros externos, se busca minimizar posibles favoritismos en la selección del profesorado a tiempo completo.

Ahora bien, las universidades ejercen un control directo sobre la elaboración de las listas de profesorado «sorteable», lo que permite componer tribunales potencialmente —cuando no abiertamente— favorables a un determinado candidato. Aunque haya que celebrar todas las pruebas previstas, el concurso puede estar fácilmente amañado. La posibilidad de manipulación aumenta cuanto mayor sea la discrecionalidad de la que goza la comisión (por ejemplo, cuando se trata de valorar un ejercicio). Estas comisiones están integradas por una minoría de miembros de la universidad convocante (normalmente pertenecientes al departamento al que está adscrita la plaza) y por una mayoría de personas procedentes de otras universidades. Así, por ejemplo, en un tribunal compuesto por cinco miembros, sólo dos pueden ser profesores de la universidad convocante; pero la designación de estos dos «jueces» se produce directamente a propuesta de los departamentos³⁴⁹.

Los profesores incluidos en las listas de sorteables deben cumplir tanto los requisitos generales establecidos por la normativa universitaria como aquellos adicionales que pueda imponer cada universidad (como contar con un sexenio de investigación vivo, por ejemplo). De ese listado de posibles miembros, se puede excluir a académicos críticos o no alineados, incluyendo únicamente a quienes sean «de la cuerda». En realidad, no se deja fuera a nadie, porque no se trata de un sorteo entre todos los profesores de la disciplina, sino únicamente entre aquellos previamente seleccionados por la universidad (*rectius*: por el departamento interesado). El tráfico de favores —¿de influencias?— para que se apoye a un determinado concursante es habitual³⁵⁰. El delito de tráfico de influencias (arts. 428 y ss. CP), que podría surgir cuando se influye sobre un compañero para que éste dé su apoyo a un concursante determinado, podría entrar en concurso

³⁴⁹ Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., pp. 39-40.

³⁵⁰ Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 40. Señala SERRANO GÓMEZ que «también sucede en ocasiones que dentro de un departamento las relaciones personales de profesores o de jerarquía —normalmente los catedráticos— influyen sobre algún compañero o subordinado para que apoye a un concursante. Estas conductas podrían dar lugar a un delito de tráfico de influencias». *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 44.

medial o instrumental con otras infracciones, como el delito de nombramiento ilegal del art. 405 CP³⁵¹.

Aunque formalmente hay sorteo, este se efectuará, si así se quiere, entre personas predispuestas a apoyar a un determinado candidato. En la práctica, resulta irrelevante quién acabe formando parte efectivamente de la comisión, si todos los potenciales miembros votarán a favor de un aspirante concreto. Al ser los departamentos los que proponen no sólo la lista de miembros externos, sino en realidad también la propia comisión evaluadora, el candidato local (o quien lo ampare) puede llegar a influir *de facto* en la composición del tribunal. Los departamentos funcionan como estructuras cerradas que concentran el poder real tanto en los procesos de selección del profesorado como, en la práctica, en la definición de los criterios de evaluación (los cuales pueden ser, más que propuestos, impuestos por los miembros de la universidad convocante). Este corporativismo favorece la lealtad personal sobre la meritocracia, la cual queda profundamente erosionada. Cuando, como sucede en el caso de los asociados y sustitutos, la comisión está formada íntegramente por profesorado de la universidad que convoca la plaza el riesgo de fraude se incrementa considerablemente. Si hay tribunal de oposición, basta con asegurarse el voto de la mayoría. Y así, «tener los tres votos [de cinco] antes de los concursos ha sido el escandaloso *pedigree* de mucha gente para presentarse», como ha denunciado CAPELLA HERNÁNDEZ³⁵². En definitiva, es posible, pese a las reformas realizadas por la LOSU y su reglamento de desarrollo, conformar una lista de miembros sortea- bles predispuestos a votar a favor de un candidato determinado.

En cuanto a la fijación de los criterios específicos de evaluación, aunque estos deben respetar los baremos o criterios generales establecidos por cada universidad, existe un margen más o menos amplio para adaptarlos al perfil del aspirante preferido. Así, puede asignarse mayor o menor puntuación, dentro de los máximos permitidos, a determinados ítems, condicionando el resultado final. Sin duda, la definición de estos criterios puede servir como un mecanismo encubierto de exclusión de candidatos. En suma, dado que estos criterios específicos son elaborados por la propia comisión evaluadora, si esta

³⁵¹ Así, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», *Cuadernos de política criminal*, n.º 143, septiembre 2024, pp. 162-163.

³⁵² Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 40.

es favorable a un candidato determinado, dicha preferencia tenderá a reflejarse ya en el diseño mismo de los propios criterios.

En lo que afecta al conflicto de interés, la eficacia práctica de las previsiones incorporadas por el RD 678/2023 depende en gran medida de la autorregulación de los evaluadores, sin que exista un control externo efectivo. Muchas relaciones informales escaparán a estas previsiones, lo que permite mantener una densa red de afinidades sin base objetiva para motivar una recusación. Es sabido, como ha señalado DÍEZ PICAZO, que «cuando se actúa sin conflicto de intereses la experiencia demuestra que las opiniones y los juicios de valor de los profesores de universidad terminan siendo muy parecidos»³⁵³.

Sin perjuicio de que la dureza de los procesos, como es ampliamente reconocido, haya ido disminuyendo progresivamente, la autonomía universitaria, en lo que se refiere a la selección del profesorado, puede ser utilizada de manera perversa. Como dice RODRÍGUEZ MOURULLO, «a los defectos propios de los métodos de selección vino a sumarse un uso perverso de la autonomía universitaria, que con frecuencia se puso al servicio del candidato del “pueblo” agazapado a la sombra del “campanario”, ahuyentando la concurrencia de los “de fuera”, con lo que la selección se viciaba ya de raíz»³⁵⁴.

Entre las posibles medidas para evitar prácticas fraudulentas pueden mencionarse las siguientes: la realización de un examen oral para que los candidatos demuestren conocer la asignatura³⁵⁵, y sobre todo, la ampliación de las listas de sorteables a todos los profesores de la materia³⁵⁶, sin que el nombramiento de los tribunales, o de parte de sus miembros, dependa directamente de las propias universidades. La autonomía universitaria, en este sentido, debería ser limitada³⁵⁷. Sería deseable que todos los miembros de las comisiones fueran externos a la universidad convocante. También debería, cuando menos, restarse peso al poder que tiene la comisión para definir los criterios específicos de valoración, por ejemplo, utilizando siempre unos mismos criterios fijados con antelación por las universidades, aunque

³⁵³ DÍEZ PICAZO, L., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 63.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 133.

³⁵⁵ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 22.

³⁵⁶ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 22.

³⁵⁷ Cfr. MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 18 y 32.

esto no es fácil debido a la diversidad de especialidades o áreas de conocimiento. En última instancia, los principales perjudicados son los estudiantes, que recibirán clases impartidas por personas menos competentes, y la propia sociedad, que terminará contando con titulados y profesionales cuya formación será, en muchos casos, deficiente.

A un nivel más general, sería positivo que las universidades públicas adoptaran medidas preventivas frente a posibles prácticas corruptas (tipo *compliance*), junto con sistemas o canales internos de denuncia o información (estos últimos ya exigidos por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción).

2. Análisis de la posible aplicación del art. 404 CP

En el contexto de la selección del profesorado universitario, podrían cometerse delitos de prevaricación³⁵⁸. Como señala acertadamente SERRANO GÓMEZ, «si partimos de que se proponen a profesores que suelen aceptar apoyar al de casa se está corriendo el riesgo de que se cometan delitos de prevaricación»³⁵⁹. De hecho, parece que la comisión de estos delitos ha sido frecuente: «los tribunales sabían que se otorgaban injustamente plazas a quienes no las merecían»³⁶⁰.

Diversos autores han señalado ejemplos de lo que, a su juicio, podrían constituir conductas prevaricadoras en los procesos de selección del PDI: proponer el nombramiento del concursante que ha obtenido un menor número de votos en el conjunto de los ejercicios³⁶¹; declarar desierta una plaza pese a que un candidato ha superado la puntuación mínima en todas las pruebas³⁶²; otorgar una puntuación injusta a determinados méritos, v. gr., a la experiencia profesional en

³⁵⁸ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 6-7; MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 5; SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 37.

³⁵⁹ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 38.

³⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 42.

³⁶¹ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 5.

³⁶² SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 5.

el caso del profesorado asociado³⁶³; o, en definitiva, votar a favor del aspirante que objetivamente no lo merece³⁶⁴.

Según SERRANO GÓMEZ, «podrían incurrir en prevaricación los miembros de una comisión cuando “a sabiendas” de que no es justo proponen que se adjudique una plaza a un concursante que carece de méritos suficientes. También podrían cometer este delito miembros de la comisión que carecen de competencia absoluta para resolver el concurso a una plaza de área de conocimiento diferente a la de sus especialidades, como puede ser que pertenezcan a facultades o escuelas ajenas a la materia del concurso. También puede cometerse el delito en los supuestos en que solamente se presente el candidato. Si todos o la mayoría de los componentes de la comisión conocen las deficiencias del concursante, y que es injusto concederle la plaza, los que lo propongan pueden cometer un delito de prevaricación»³⁶⁵.

Es cierto que, en el desarrollo de los procedimientos de selección del profesorado, pueden producirse arbitrariedades, en parte facilitadas por la propia normativa estatal, autonómica y «local» que los regula. Sin embargo, determinar si los miembros de la comisión de selección, que evalúa a los candidatos y propone la provisión de la plaza, pueden incurrir en un delito de prevaricación administrativa requiere un análisis más profundo, y siempre efectuado desde una perspectiva objetiva, desapasionada.

Con carácter previo, conviene recordar que, para que una resolución tenga relevancia típica, «el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la norma praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad» (STS 693/2018, de 21 de diciembre — ECLI:ES:TS:2018:4415).

Es necesario, en primer lugar, abordar si concurren los elementos del tipo objetivo del art. 404 CP: funcionario público, asunto administrativo y resolución (arbitraria)

³⁶³ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2.

³⁶⁴ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 5.

³⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 41.

El profesorado que forma parte de las comisiones de selección en una universidad pública debe ser considerado funcionario público en sentido penal, cumpliéndose así el primer requisito para poder ser sujeto activo de cualquiera de los delitos de funcionarios públicos previstos en el Código, incluida la prevaricación administrativa. Ya lo vimos antes. En el delito del art. 404 CP, se exige además que el funcionario tenga facultades decisorias (propias o por delegación) y, con buen criterio, que su actuación tenga lugar dentro del marco genérico de sus competencias. Esto debe valorarse una vez determinado qué acto puede considerarse «resolución» en un procedimiento administrativo concreto. La competencia para resolver recae sobre un órgano determinado (unipersonal o colegiado), siendo su titular el único que, de ordinario, puede ser considerado autor del delito de prevaricación³⁶⁶.

Un concurso público para la provisión de una plaza de profesor constituye, sin duda, un procedimiento administrativo, en tanto que sometido a normas del derecho administrativo. Las pruebas selectivas se rigen por las bases de la convocatoria, la normativa interna de la universidad convocante y la legislación autonómica y estatal aplicable. En lo que no esté específicamente regulado, se aplicarán las normas del procedimiento administrativo común. Y son aplicables también los principios que rigen el acceso al empleo público. Este procedimiento se inicia con la publicación de la resolución de la convocatoria del concurso (que firmará el rector o en algunos casos el vicerrector de profesorado por delegación) y finaliza con la resolución del rectorado, por la que se dispone el nombramiento o la suscripción del correspondiente contrato laboral, tras la propuesta de provisión del candidato que, declarado apto, haya obtenido la mayor puntuación en la evaluación. Estamos, por lo tanto, como requiere el tipo penal, ante un «asunto administrativo».

Las comisiones de selección deben evaluar motivadamente a los aspirantes y formular una propuesta de provisión, igualmente motivada, a favor del candidato que haya obtenido la mayor puntuación en la prueba o en el conjunto de las pruebas realizadas. La resolución del concurso corresponde al rectorado. La propuesta de la comisión tiene carácter vinculante (así lo establece, al menos, el RD 678/2023), salvo ilegalidad manifiesta, sin perjuicio de que los participantes puedan presentar ante el rector o rectora, sino están de acuerdo con ella, una reclamación en el plazo habilitado al efecto.

³⁶⁶ Por todos, GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146.

La propuesta puede resultar arbitraria, cumpliéndose así también la exigencia típica de que el acto sea «arbitrario», si, por ejemplo, se propone a un candidato que objetivamente no lo merece, no se declara desierta la plaza pese a que ningún aspirante reúne los méritos y capacidades mínimos, o se deja desierta una plaza para evitar su ocupación por el candidato mejor valorado, que resulta no ser el preferido por la comisión. También puede ser arbitraria porque se hayan valorado unos mismos méritos de manera desigual a los candidatos, porque se hayan computado indebidamente a un candidato méritos inexistentes o cuando se excluye de la bolsa de trabajo a un aspirante que cumple la puntuación mínima exigida para ello. Proponer la provisión de plazas sin celebrar el concurso correspondiente o algunas de sus pruebas obligatorias constituiría, asimismo, un acto arbitrario. En todos estos casos, se evidencia la falta de objetividad por parte de la comisión. Lo importante es que se trate de actuaciones realizadas sin ninguna base para ello, totalmente inmotivadas, cuya única explicación se encuentre en el mero actuar caprichoso de la comisión. La propuesta debe ser injusta, bien porque vulnere las previsiones constitucionales relativas al acceso al empleo público o, de una manera ostensible, una norma de legalidad ordinaria. La injusticia puede emanar tanto de la violación de normas sustantivas como de normas procedimentales³⁶⁷.

Desde el plano subjetivo, la actuación consistente en proponer arbitrariamente la provisión de una plaza puede realizarse dolosamente y «a sabiendas de su injusticia».

Según lo expuesto, podrían concurrir varios de los elementos típicos del art. 404 CP: la condición de funcionario público, el acto dictado en asunto administrativo, la arbitrariedad del acto y el elemento subjetivo de actuar «a sabiendas» (además del dolo). La actuación de la comisión, aunque revestida de apariencia de legalidad y motivación, puede ser contraria a derecho y arbitraria. La cuestión verdaderamente relevante, sin embargo, es otra: ¿es posible considerar la propuesta de provisión de la comisión de selección como una resolución a los efectos del art. 404 CP? Una respuesta afirmativa a tal pregunta permitiría sostener que los miembros de la comisión podrían respon-

³⁶⁷ «En el procedimiento de selección hay requisitos formales que son esenciales para garantizar la transparencia del proceso selectivo y cuya omisión puede determinar la nulidad de las actuaciones. Son, fundamentalmente, la fijación de unos criterios de valoración bien definidos; la motivación de las actuaciones de la Comisión Juzgadora (informes y actas), y la congruencia de la votación y propuesta final con los actos anteriores». Así, HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 2.

der, cuando su propuesta es injusta y arbitraria, como coautores de un delito de prevaricación administrativa.

En nuestra opinión, y por las razones previamente expuestas, la propuesta de provisión de una plaza en un concurso público no es una resolución³⁶⁸. La redacción del art. 404 CP exige que, a sabiendas de su injusticia, un funcionario público dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se entiende por resolución todo acto administrativo que contenga una declaración de voluntad del órgano público, con contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados. Si se cumplen tales presupuestos, no es imperativo que se trate de la resolución final o de fondo. Un acto intermedio o de trámite puede tener contenido decisorio y afectar a los derechos de los administrados, por lo que, en tal caso, tendría cabida en el concepto de resolución, como bien entiende un sector de la doctrina y también la jurisprudencia. Aunque la propuesta de provisión posee materialmente un carácter decisorio, en la medida en que determina de forma sustancial el contenido del acto definitivo que pondrá fin al procedimiento, lo cierto es que no resuelve el concurso; por sí misma, no adjudica la plaza ni nombra al aspirante y no produce efectos jurídicos. Definitivamente, no crea, modifica ni extingue derechos de los ciudadanos. La competencia para dictar la resolución final (o definitiva) en el procedimiento de selección corresponde al rectorado (rector o persona en quien éste delegue, normalmente dependiendo de la figura docente sobre la que verse el concurso). Y ello, aun cuando los miembros de la comisión sean, en la práctica, quienes materialmente realizan la adjudicación de la plaza. El rector (o vicerrector, en su caso), se limita, una vez finalizadas las actuaciones de la comisión, y a la vista de su propuesta, a dictar la resolución por la que se acuerda el nombramiento del candidato seleccionado (en el caso de los funcionarios) o la suscripción de contrato laboral (en el caso del PDI laboral); de una manera amplia, es posible, no obstante, hablar de nombramiento en ambos casos³⁶⁹.

La intervención de la comisión de selección no es ni aislada ni accesorio, sino plenamente determinante para la decisión final, dada la forma en que se desarrollan los procesos de selección del profe-

³⁶⁸ De otra forma, sin embargo, aunque sin argumentar el porqué, HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHE CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 6; SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., pp. 41-42.

³⁶⁹ CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1920.

sorado universitario cuando se requiere la celebración de concurso. Corresponde a la comisión, realizando un juicio técnico, evaluar a los candidatos y formular motivadamente al rectorado la propuesta de provisión de la plaza convocada. Estas propuestas son vinculantes. El rectorado no puede modificar de manera discrecional la valoración realizada por la comisión ni nombrar a un candidato distinto del propuesto, sin perjuicio de que pueda apartarse de ellas en caso de manifiesta ilegalidad y de que los candidatos puedan interponer una reclamación contra las mismas. Se justifica que la propuesta sea vinculante, dado que los candidatos son evaluados por una comisión experta en la materia. En teoría, lo que se pretende es asegurar que la decisión final no dependa de un criterio, político o de otra índole, ajeno a la valoración técnica de especialistas en la materia sobre la que verse la plaza.

No desconocemos la eficacia determinante que tiene la propuesta de la comisión en la decisión final, pero su encaje en el concepto penal de resolución es más que discutible, si se quiere salvaguardar el principio de legalidad penal. Sencillamente, implicaría una interpretación extensiva del tipo (*in malam partem*) aplicándolo a supuestos no previstos por el legislador. Según la doctrina mayoritaria, los actos previos o de trámite de contenido no decisorio y no afectantes a la órbita de los derechos de los administrados (o al interés general), aun cuando sean vinculantes y no dejen margen de decisión al órgano resolutor, que no puede apartarse de ellos (salvedad de su ilegalidad), no constituyen resoluciones. Por tanto, quienes los emiten o realizan —en este caso, los miembros de la comisión de selección— no pueden ser reputados autores del delito de prevaricación administrativa. Con esta interpretación, sólo podría prevaricar el órgano decisor, es decir, el rector o la persona en quien este delegue (habitualmente el vicerrector de profesorado si hablamos de contratados laborales), puesto que es él quien está facultado para dictar la resolución final, y siempre que concurren todos los elementos típicos, incluyendo la actuación «a sabiendas de su injusticia». Por supuesto, no es posible, hasta donde alcanzamos, delegar en la comisión de selección para que ésta también proceda al nombramiento del candidato seleccionado por ella misma. El rector de la universidad es un profesor-investigador perteneciente a la propia institución, elegido por la comunidad universitaria entre el profesorado con vinculación permanente³⁷⁰. Los vi-

³⁷⁰ Según el art. 51.1 LOSU, «los candidatos o candidatas deberán ser personal docente e investigador permanente doctor a tiempo completo y reunir los méritos de investigación, docencia y experiencia de gestión universitaria que determinen los Estatutos. En todo caso, dichos méritos deberán garantizar una alta capacidad inves-

correctores, órganos unipersonales al igual que sucede en el caso del rector o rectora, también son profesores.

En la dirección aquí defendida, la SAP Madrid, 435/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APM:2020:12444), confirmada por la STSJ Madrid 61/2021, de 24 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2021:1392), precisamente sobre un caso en el que se acusaba de prevaricación a los miembros de una comisión de selección de varias plazas de profesorado asociado en la Facultad de Odontología de la Universidad Complutense de Madrid, estima que «las sucesivas propuestas de provisión de las diferentes plazas emitidas por la Comisión de selección, integrada por los cinco acusados, no puede considerarse como una resolución a los efectos del tipo penal examinado, tratándose de un acto de trámite, respecto de la decisión ulterior sobre la adjudicación de la plazas a los candidatos del concurso, por cuanto resulta necesario dictar posteriormente la única resolución que puede considerarse definitiva». Asimismo, se señala allí que «por otro lado las propuestas de provisión de plazas efectuada por la Comisión integrada por los acusados, no son recurribles en vía contencioso administrativa a diferencia de las resoluciones de la Comisión de reclamaciones vinculantes para el Rector, que agotan la vía administrativa y son impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa».

En suma, quien dicta la resolución de fondo sobre la adjudicación, mediante la cual se nombra al candidato propuesto por la comisión de selección, sí que podría prevaricar, siempre que el acto sea arbitrario y concurren los requisitos de la tipicidad subjetiva.

La conclusión alcanzada, sin embargo, resulta insatisfactoria. Actuaciones que condicionan completamente la decisión final, y que son las que en realidad provocan que la resolución del órgano decisor adolezca de arbitrariedad, quedan extramuros del tipo penal. A quien dicta la resolución definitiva no podrá sancionársele si no concurren los elementos subjetivos de la tipicidad, de manera que existirá, en tales supuestos, un vacío de punibilidad. Con todo, no estaría descartada la posible responsabilidad de los miembros de la comisión como partícipes, cuestión esta que, en todo caso, requiere también de un análisis detenido.

La jurisprudencia, y parte de la doctrina admiten —nosotros nos hemos posicionado también a favor de ello— que los actos de trámite con contenido decisorio pueden ser considerados «resoluciones» a los

tigadora, una acreditada trayectoria docente así como una suficiente experiencia de gestión universitaria en algún cargo unipersonal».

efectos del art. 404 CP, pese a no tener el carácter de actos definitivos. Sin embargo, una propuesta de provisión es un acto de trámite que no produce efectos directos sobre los derechos de los concursantes, y que no es susceptible de impugnación ante los tribunales de justicia. No se trata de uno de los actos de trámite que la normativa administrativa equipara a las resoluciones definitivas. Pero cabe introducir, en este momento, no obstante, algunos matices. En los procedimientos que incluyen varias pruebas, podría suceder que la comisión, de forma arbitraria, determine que un candidato no ha superado una fase del concurso, declarándolo no apto, y, en consecuencia, excluyéndolo del procedimiento. En estos casos, las actas de las pruebas sí constituirían una resolución, en tanto que hablamos de actos de trámite con contenido decisorio y que afectan a los derechos de los concursantes, pues impiden al aspirante que no alcanza la puntuación mínima continuar en el proceso. Son, por lo tanto, actos «definitivos» para los candidatos en esa situación³⁷¹. Se trataría de un acto de trámite de contenido decisorio y equivalente a una resolución. Esta interpretación, sin embargo, conduce a la siguiente paradoja: se admitiría la posibilidad de prevaricación de la comisión en relación con el acta de una prueba, pero no respecto de la propia propuesta de provisión. Y en todo caso, habría que reconocer que la comisión evaluadora ejerce facultades decisorias en relación con ese acto, aunque no las posea respecto de la resolución definitiva del concurso. El autor material del acto (quien decide) podría ser responsable del delito de prevaricación. Así, si admitimos esta interpretación, puede haber prevaricación en el dictado de un acta (si la resolución es arbitraria y concurren los elementos subjetivos del tipo), pero no en la formulación de una propuesta de provisión.

Tras el paréntesis anterior, y continuando con la cuestión de la autoría y sus formas, no cabe plantear, en nuestra opinión, una autoría mediata de los miembros de la comisión utilizando como instrumento al rector de la universidad, porque sólo puede ser autor del delito de prevaricación administrativa el órgano facultado para resolver; en este caso, considerando que el acto con dimensión típica es el que pone fin al procedimiento, adjudicando la plaza, el rector o rectora, o la persona en quien éste o ésta delegue. La comisión no ostenta atribuciones decisorias o resolutorias. Estamos con la prevaricación, como ya se indicó, ante un delito de infracción de deber, lo que implica que sólo puede ser autor quien incumpla el deber extrapenal que

³⁷¹ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 5.

le compete³⁷². Lo explica muy bien GUERRA TSCHUSCHKE: «podría un sujeto valerse de un funcionario competente como instrumento que dictase en su beneficio la resolución prevaricadora. Sin embargo, en este caso, el autor directo sería el propio funcionario o autoridad y el “hombre de atrás” nunca podría ser considerado autor por carecer de la condición subjetiva exigida por el tipo, pudiendo ser, no obstante, considerado partícipe como inductor u otra figura, pero no como autor mediato, lo que crea un supuesto de menor penalidad (...) por aplicación del art. 65.3 CP»³⁷³. Cuestión distinta es que se estime que una propuesta es una resolución, y entonces sí que podría ser sujeto activo quien la emite (pero no quien dicte la resolución que ponga fin al expediente, porque no tendrá facultades de dictado en relación con la propuesta). Según recuerda la STS 623/2020, de 19 de noviembre — ECLI:ES:TS:2020:3906), «solo puede ser autor el intraneus», debiendo entenderse por tal el funcionario con facultades decisorias en el concreto expediente administrativo. Únicamente podría ser autor mediato quien pueda serlo directo³⁷⁴, lo que no ocurre en el caso de las comisiones de selección.

En lo que respecta a la participación criminal, se acoge por doctrina mayoritaria y jurisprudencia el principio de accesoriedad limitada. Siendo así, para condenar al partícipe *extraneus* (en este caso de las comisiones de selección, funcionarios sin facultad para decidir) basta con que el hecho principal del *intraneus* sea típico y antijurídico, sin que se precise la culpabilidad de su autor (por todas, SSTs 222/2010, de 4 de marzo — ECLI:ES:TS:2010:1863; 623/2020, de 19 de noviembre — ECLI:ES:TS:2020:3906³⁷⁵). La comisión del hecho principal se producirá cuando se dicte la resolución arbitraria. Partiendo de que en el caso que nos ocupa, la resolución del rector (o vicerrector) es arbitraria como consecuencia —y no por otra causa distinta— de la actuación de la comisión de selección, deben diferenciarse dos situaciones o posibilidades, pero en ambos casos tiene que existir, imprescindiblemente, resolución por parte del órgano decisor.

³⁷² ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 338.

³⁷³ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo*, cit., p. 147.

³⁷⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 374.

³⁷⁵ En esta sentencia se dice que «no hay obstáculo para afirmar la cooperación necesaria en este delito especial del acusado cuando concurre una decisión arbitraria, objetivamente considerada, en un asunto administrativo, aunque las autoridades —testigos a los que se refiere el recurrente— no lo hicieran a sabiendas de su injusticia, y, en consecuencia, no sean condenados».

La primera, si el órgano decisor actúa a sabiendas, es decir, cuando dicta la resolución con conocimiento de la injusticia de su actuación, normalmente por estar en connivencia con los miembros de la comisión. En este caso, el rector (o, si es posible, la persona en quien delegue) que dicta la resolución sería autor del delito del art. 404 CP, y no habría inconveniente en admitir la responsabilidad de los miembros de la comisión como partícipes, concretamente en concepto de cooperadores necesarios, dada la naturaleza de su intervención. Los integrantes de la comisión serían castigados con la misma pena que el autor del delito (art. 28 b). CP), sin perjuicio de que se les pueda aplicar la rebaja penológica del art. 65.3 CP. En todo caso, conviene añadir que la accesoriedad exige, puesto que el partícipe sólo puede ser condenado si se aprecia que la conducta del autor es típica y antijurídica, «salvo supuestos excepcionales (por ejemplo, que el autor haya sido enjuiciado y condenado con anterioridad) (...) el enjuiciamiento conjunto o prioritario de éste» (STS 979/2016, de 11 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:4884). La coautoría no sería posible, dado que los miembros de la comisión no tienen facultades decisorias respecto de la resolución de nombramiento del rectorado.

Como segunda posibilidad, si el órgano decisor no tenía conocimiento de irregularidad alguna (o fue engañado o forzado), la cuestión se complica. La jurisprudencia permite sancionar al partícipe aunque el funcionario que dicta la resolución no sea culpable (SSTS 222/2010; 303/2013). Según la STS 623/2020, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3906), «el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe». Como vimos previamente, si la expresión «a sabiendas de su injusticia» se refiere únicamente al dolo y, además, se entiende que el dolo es una forma, junto a la imprudencia, de culpabilidad, podría condenarse al partícipe aunque no se condene (precisamente por falta de dolo) a quien dictó la resolución prevaricadora. En cambio, si el dolo pertenece al tipo, como sostiene la doctrina mayoritaria, al no concurrir el dolo, no habría hecho típico y antijurídico, con lo cual no se podría condenar a los partícipes. De esta forma, la actuación de los miembros de la comisión quedaría impune (*ex art. 404 CP*), porque no se dan los requisitos para la participación (y tampoco, como dijimos unas líneas más arriba, para la autoría). En definitiva, la cuestión es si la ausencia de conocimiento de la injusticia de la actuación excluye la tipicidad o la culpabilidad. La jurisprudencia del TS se inclina por lo segundo, lo que le permite castigar al partícipe, con la misma pena

del autor, evitando así una importante área de impunidad. Solución dogmáticamente discutible, pero político-criminalmente adecuada, si bien sería más correcto valorar si pueden concurrir otros tipos penales (por ejemplo, una falsedad documental). Si consideramos —aquí lo hemos hecho— que el elemento «a sabiendas» es un elemento subjetivo del injusto y éste no concurre, la conducta principal sería atípica, por lo que tampoco existiría responsabilidad penal del partícipe.

No parece, tampoco, que la intervención de los miembros de la comisión pueda ser calificada como un caso de coautoría sucesiva, porque, como bien señala GÓMEZ TOMILLO, su actuación «tiene lugar con anterioridad a los hechos calificados como prevaricación, luego estamos ante un supuesto “normal” de participación en el delito; ni se trata de autoría, ni es sucesiva, ya que esta última se caracteriza precisamente por acaecer, simultánea o posteriormente a actos de ejecución llevados a cabo por otro sujeto»³⁷⁶.

Podría suceder, en otro orden de cosas, que la resolución del rector no llegue a emitirse, con lo cual no habría hecho principal. Según han destacado diversos autores, en estos casos la emisión de informe o propuesta podría ser constitutiva de un acto preparatorio³⁷⁷. La propuesta (o informe), eso sí, deberían ser de carácter vinculante³⁷⁸. En el caso que nos ocupa, la propuesta del tribunal o comisión de selección lo es. Los actos preparatorios son punibles en relación con los delitos del Título XIX del Libro II CP según el art. 445 CP. Con el Código anterior, cabría la provocación; con el vigente, difícilmente es posible en un supuesto como el que nos ocupa, por cuanto, *ex art.* 18.1 CP «1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

Ahora bien, y por valorar todas las posibilidades, si se adopta un concepto de resolución tan amplio como el postulado por la STS

³⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., «Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 10, 2002, pp. 74-75 (nota 3).

³⁷⁷ Vid. ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 673; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 133; PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», cit., p. 3830; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 42; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 559.

³⁷⁸ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 42.

749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258), no habría dificultad en interpretar que la propuesta de provisión puede considerarse una resolución. En ese caso, quien la emite, la comisión de selección, podría prevaricar, respondiendo del delito del art. 404 CP, en concepto de coautores, los integrantes de la misma. La responsabilidad penal se exigiría a título individual. En la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881) se destacó que, para colmar el concepto de resolución, «lo que hay que valorar es el carácter determinante en el proceso de formación de voluntad del acto para configurarlo con la adjetivación que permite aplicar el ilícito penal de prevaricación, y, sobre todo, la contribución causal del acto a esa formación de la voluntad». No hay duda de que la propuesta, su contenido, contribuye causalmente a la formación de la voluntad que se plasmará en la resolución rectoral por la que se acuerda la adjudicación de la plaza al candidato propuesto. Es más, siendo vinculante, ni siquiera habría tal formación de voluntad en estos casos, porque la resolución rectoral que pone fin al concurso acogerá lo propuesto. Pero esta interpretación tan amplia del concepto de resolución representa una interpretación extensiva del tipo penal, rayana a la analogía, no compartida de manera generalizada.

Asimismo, en alguna resolución se ha dicho por la Sala Penal del TS en relación con los informes, que «excepcionalmente pudieran valorarse como resoluciones cuando son vinculantes y quien dicta la resolución necesariamente actúa condicionado por el sentido del informe y debe ajustarse en un todo a sus términos, sin posibilidad de decidir de forma distinta, en los demás casos, cuando el informe no es vinculante, su existencia, e incluso su carácter convincente, no excluye la responsabilidad de un órgano distinto al informante que es quien debe dictar la resolución» (STS 359/2019, de 15 de julio — ECLI:ES:TS:2019:2355). Según este criterio interpretativo, la propuesta vinculante de la comisión de selección podría ser valorada como resolución, sancionando entonces a quienes la emiten como autores de un delito de prevaricación administrativa. Se cumplen todas las condiciones exigidas: el órgano que dicta la resolución final está condicionado por la propuesta, debiendo ceñirse estrictamente a sus términos, y sin margen para decidir en un sentido distinto.

Por lo tanto, a la luz de la jurisprudencia referenciada, podría sostenerse la autoría de los miembros de la comisión si se adopta alguna de las dos siguientes soluciones interpretativas:

1. Adoptar un concepto extensivo de resolución que comprenda tanto los actos previos como los posteriores al dictado de la re-

solución final, siempre que, en el caso de los primeros, posean eficacia materialmente decisiva sobre el contenido del acto resolutorio que pone fin al expediente, haciendo que, como la propia propuesta, resulte arbitrario.

2. Equiparar las propuestas de provisión a informes vinculantes, dado su carácter determinante sobre la decisión adoptada por el órgano competente.

Si se da por bueno que la propuesta es una resolución, la coautoría es posible cuando estamos en presencia de órganos colegiados. La comisión de selección lo es. Admitiendo, con la doctrina mayoritaria, que la prevaricación administrativa es un delito de mera actividad, que se consuma con el dictado de la resolución, cabría la tentativa si la resolución (i.e., la propuesta) no llega a ser formalizada.

Aunque se sostenga, y esta es, a nuestro juicio, la interpretación más correcta, que una propuesta, aun siendo un acto radicalmente ilegal y arbitrario, no puede considerarse una resolución, al menos con la redacción vigente del art. 404 CP, no queda excluida la eventual responsabilidad disciplinaria de los miembros de la comisión. Y, asimismo, el procedimiento no queda sin mecanismos de control: existe la posibilidad de acudir a las comisiones de reclamaciones de las universidades y, en su caso, frente a la resolución definitiva, a la vía jurisdiccional (contencioso-administrativa, o laboral en el caso de las plazas de profesorado laboral). Reiteramos que si una propuesta no es una resolución, quien la emite sólo podría ser partícipe del delito, pero para ello, según el criterio de la accesoriedad limitada, debe existir un hecho principal típico y antijurídico del órgano decisor.

3. La aplicabilidad de una figura hasta ahora no mencionada: el delito de nombramientos ilegales (art. 405 CP)

Hasta el momento, no se ha valorado esta solución; sin embargo, tratándose de propuestas ilegales para la ocupación de un puesto público, contamos con el delito del art. 405 CP. Este ilícito penal podría abarcar supuestos de favoritismo o nepotismo, cuando una comisión de selección o el tribunal de un concurso-oposición (o la mayoría de sus miembros), decide, soslayando la legalidad, favorecer a un determinado candidato, proponiendo la adjudicación del puesto a quien no está capacitado para ello o presenta condiciones de capacitación inferiores a las de otro u otros aspirantes.

Esta figura delictiva, habitualmente considerada una modalidad específica de la prevaricación funcionarial³⁷⁹, se refiere a los comportamientos comúnmente conocidos como «nombramientos ilegales». En el Código de 1995, está ubicada sistemáticamente en el Título XIX del Libro II, junto a la prevaricación administrativa y al delito de aceptación de nombramiento ilegal (art. 406 CP), que constituye el reverso de esta infracción que ahora nos ocupa. Con anterioridad, situación que se venía produciendo desde el CP de 1870, estaba incluida en un mismo capítulo con la usurpación de funciones, aunque la doctrina consideraba que no existía un fundamento suficiente para ello, al no guardar ninguna relación entre sí³⁸⁰. Su nuevo emplazamiento, dada su naturaleza jurídica, se valora como más acertado³⁸¹.

Según la redacción del art. 405 CP, «a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años». Ambas penas se impondrán conjuntamente. La suspensión afectará al cargo o empleo en cuyo ejercicio se hubiera producido la propuesta, el nombramiento ilegal o la dación de posesión³⁸². En 2015 (por LO 1/2015, de 30 de marzo), se aumentó la duración de la pena de suspensión de empleo o cargo pú-

³⁷⁹ Por todos, JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», cit., p. 2; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 1858; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1544; OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., p. 6; GONZÁLEZ CUSSAC habla de «cuasi-prevaricación». «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 43.

³⁸⁰ Vid. MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 345; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., «El acceso ilegal a la función pública», en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 33, 2014, p. 1.

³⁸¹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2. Vid. también AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., p. 226.

³⁸² Por todos, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1007. Considerando la pena desproporcionada por defecto, llegando a plantear su sustitución legal por «la pérdida definitiva de la cualidad de funcionario», CRUZ PALMERA, R., «Ingeniería jurídica al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., pp. 163 y ss.

blico. Antes de la reforma, iba de seis meses a dos años. Según ORTS BERENGUER, la elevación es «una muestra más del mayor rigor punitivo aireado por el legislador para combatir la corrupción»³⁸³.

Frente al texto del art. 382 CP 1973, son varias las novedades que introdujo la redacción del art. 405 CP 1995: la incorporación, junto a la propuesta y el nombramiento ilegal, del supuesto de «dar posesión»; que la conducta sancionada se refiere a proponer, nombrar o dar posesión para el «ejercicio de cargo público», y no meramente a proponer o nombrar para «cargo público»; y, por último, que ahora se exige que el acto se lleve a cabo «a sabiendas de su ilegalidad» (no, simplemente, «a sabiendas»). Menos relevante es que la referencia al funcionario público se completa, en coherencia con lo previsto en otros preceptos, con la mención a la autoridad, que no es más que una clase particular de funcionario público.

Se sanciona a aquellos funcionarios públicos que abusan de sus competencias para efectuar nombramientos irregulares, en los que se desconocen las condiciones y garantías legales que deben observarse en el acceso a un puesto público. El fundamento de la incriminación descansa en los arts. 23.2 y 103.3 CE³⁸⁴. En el primero se establece que los ciudadanos tienen derecho a «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». En el segundo se consagran los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

Según la SAP Lugo 32/2006, de 25 de enero (ECLI:ES:APLU:2006:11A), «la selección de personas que han de desempeñar la función pública está sometida a un procedimiento reglado de suerte que en el acceso se han de respetar los principios de mérito y capacidad que prescribe el art. 103.3 de la CE. Cuando se quebranta el sistema para esquivar tales principios surge entre otros remedios el Derecho Penal Sancionador como un instrumento de restauración de la legalidad, a través del tipo penal del 405».

Con este delito se pretende que los cargos públicos sean ocupados respetando las exigencias legales³⁸⁵, ya que el buen desempeño de la función pública requiere que su titular cuente con la debida legitimación en su acceso y, sobre todo, con las atribuciones y capacidades

³⁸³ ORTS BERENGUER, E., ORTS BERENGUER, E., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404 y 405)», cit., p. 1109.

³⁸⁴ Por todos, ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 216.

³⁸⁵ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 708.

mínimas necesarias³⁸⁶. Los requisitos exigidos garantizan, además de la objetividad del procedimiento de selección, la igualdad en el acceso a la función pública y que la persona elegida cumpla con las condiciones básicas (o mínimas) de capacidad y aptitud para ejercer el cargo de manera adecuada³⁸⁷.

Brevemente, el bien jurídico protegido por este delito es el sometimiento al principio de legalidad en el acceso al ejercicio de funciones públicas (cfr. SAP Córdoba 276/2013, de 17 de octubre — ECLI:ES:APCO:2013:1572)³⁸⁸, ya que, como bien señala C. MIR PUIG³⁸⁹, «es la ley la que prevé las condiciones necesarias para un acceso competente e igualitario a la función pública». En cualquier caso, la legalidad, al igual que sucede con el tipo del art. 404 CP, debe entenderse no solamente en su sentido formal, sino también desde el plano material, incluyendo, por tanto, los principios constitucionales que rigen el acceso al sector público³⁹⁰. La SAP Ávila 25/2003, de 17 de febrero (ECLI:ES:APAV:2003:81), estima que el bien jurídico «es la propia función pública en el aspecto de la legitimidad de los requisitos legales exigidos para el acceso al correcto desempeño de la

³⁸⁶ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544.

³⁸⁷ En este sentido, ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1783; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2. Según OLIVAS MORILLO, «además de protegerse el adecuado funcionamiento de la Administración, el legislador ha pretendido asegurar la legitimidad democrática del acceso a los cargos públicos». «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., p. 7. Desde la perspectiva de la igualdad en el acceso a la función pública, vid., CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 149.

³⁸⁸ Señalando, aunque con matices, que el bien jurídico es el sometimiento a la legalidad en el ejercicio de la función pública, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., pp. 1858-1859; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, cit., p. 106; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 150; SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 384. En la jurisprudencia, también, SAP Salamanca 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267.

³⁸⁹ MIR PUIG, C., «Artículo 405», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1783.

³⁹⁰ Sobre otras tesis relativas al bien jurídico tutelado, vid. CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., pp. 155-156.

misma, que resultan infringidos con el nombramiento que desconoce o prescinde de las condiciones legales».

Según algunos autores, si lo que se pretende garantizar es el correcto desempeño del cargo (e indirectamente de la propia función pública), estaríamos ante un delito de peligro (abstracto), porque la falta de los requisitos legales sólo implica una ausencia de garantías³⁹¹. A nuestro juicio es, más bien, según el bien jurídico tutelado que hemos señalado, un delito de lesión.

Es este un delito especial propio, con las consecuencias que ello comporta en cuanto a la responsabilidad del *extraneus*. El sujeto activo debe ser un funcionario público o autoridad que, además, según lo exige expresamente el tipo, habrá de tener competencias para realizar la propuesta, efectuar el nombramiento o dar la posesión al nombrado³⁹². El Código anterior (art. 382 CP 1973) no exigía de forma expresa que el funcionario actuara «en el ejercicio de su competencia», aunque la doctrina entendía que debía ser así³⁹³.

De esta manera, se produce un abuso de competencias que, al decir de MUÑOZ CONDE³⁹⁴, es lo que constituye el núcleo del delito. Tales competencias deben entenderse, sin embargo, en un sentido amplio, genérico o abstracto para realizar las actuaciones administrativas a las que se refiere la redacción del art. 405 CP, y no en un sentido específico o concreto³⁹⁵ (en la jurisprudencia, para el Código anterior, aunque no lo exigiera el tipo, cfr. STS de 9 de marzo de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:15859; para el vigente, SAP Salamanca, 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267). Esta interpretación permite distinguir este delito de la usurpación de funciones públicas (art. 402 CP), incriminación a la que habrá que acudir cuando el funcio-

³⁹¹ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., p. 310; MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1783; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 3.

³⁹² cfr. ORTSBERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784. Cfr. además STS de 9 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:15859); SAP Almería 48/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APAL:2015:48).

³⁹³ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», cit., p. 346; SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 382», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 711.

³⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 978. En el mismo sentido, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 104.

³⁹⁵ Por todos, MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 312-313.

nario carezca por completo de atribuciones para realizar el nombramiento ilícito³⁹⁶.

Como se señaló al tratar el delito de prevaricación, autor —directo o mediato— de los delitos de los funcionarios públicos sólo puede serlo el titular del deber extrapenal que se infringe. En el art. 405 CP, a la cualidad de funcionario público se añade, como hemos visto, la exigencia de que éste posea una competencia para realizar la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión. No cabe la autoría mediata empleando como instrumento a una persona que no sea funcionario competente, en sentido abstracto, para efectuar el nombramiento (o cualquiera de las otras dos conductas que, alternativamente, contempla el tipo)³⁹⁷. Si el «hombre de atrás» fuera quien posee exclusivamente las competencias para realizar la propuesta, nombrar al cargo o dar la posesión, resulta evidente que el instrumento no podría instituir a nadie en el cargo³⁹⁸.

Por otra parte, según QUERALT JIMÉNEZ, «pueden darse tres delitos si cada una de esas fases son igualmente ilegales, lo que conllevaría participación de unos autores, además, en el hecho de los restantes, si se trata de sujetos diferentes; si no existe para todas o algunas de las fases tal diferenciación, habrá dos o más delitos cometidos por el mismo sujeto»³⁹⁹. Opina, asimismo, PIÑOL RODRÍGUEZ⁴⁰⁰ que, si los sujetos que intervienen en los distintos pasos del acceso a la función pública son diferentes, podrían existir tantos delitos como intervinientes.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que, al tratarse de conductas alternativas, si una misma persona realiza más de una cometerá un único delito, quedando consumidos los actos anteriores

³⁹⁶ MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784.

³⁹⁷ En este sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2. De otra forma, SAP Almería 33/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APAL:2015:48).

³⁹⁸ Para la prevaricación administrativa, GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo*, cit., pp. 146-147. De otro parecer, MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., p. 313.

³⁹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135. En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, «son momentos distintos, como distintos pueden ser los sujetos activos y seguramente lo serán». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁰⁰ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., «Delitos contra la Administración pública», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. II. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 465.

por el último que se realice⁴⁰¹. Según esta última interpretación, por lo tanto, la realización de más de una conducta por la misma persona no implicaría la comisión de varios delitos⁴⁰².

Cabe la coautoría cuando los miembros de un tribunal de oposición proponen el nombramiento de un candidato que carece de los requisitos exigidos por la norma para acceder a la función pública⁴⁰³. Es habitual que la propuesta la realice un órgano colegiado. Los miembros del tribunal o comisión, que habrán de ostentar la condición de funcionarios públicos penales, deben ser competentes para efectuar la propuesta y la responsabilidad se exigirá a título individual, según hayan contribuido al nombramiento ilegal mediante su voto⁴⁰⁴. Quien vota en contra de la propuesta o manifiesta su oposición al nombramiento ilícito no incurrirá en este delito⁴⁰⁵. Los elementos de tipicidad subjetiva deben concurrir en cada una de las personas que hayan hecho posible la adopción del acto⁴⁰⁶.

La acción típica consiste en proponer, nombrar o dar posesión a una persona para que ocupe un puesto público sin que concurren los requisitos legales para acceder al cargo de que se trate.

En el Código vigente —lo cual no es baladí—, la ilegalidad no se refiere tanto a la persona propuesta, nombrada o a quien se le da posesión de manera ilegítima, en el sentido de que sea ella quien no

⁴⁰¹ Por todos, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 362; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1860; CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1919; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 4; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 683; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2555.

⁴⁰² También así, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 147.

⁴⁰³ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 3; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006. Este último señala que «cabría entender coautoría, en el supuesto de una comisión de contratación o tribunal de oposición o concurso público, en el que conocedores todos o parte de los integrantes de este, de la carencia de requisitos del candidato, se resolviera votando a favor de la contratación del mismo».

⁴⁰⁴ Por todos, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁰⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 154; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609; CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1919.

⁴⁰⁶ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006.

cumpla los requisitos de obligatoria observancia, sino, más bien, al propio acceso al cargo público. Esto permite abarcar plenamente la infracción de normas de procedimiento. No obstante, lo habitual será que la persona elegida no reúna las condiciones legales para acceder al puesto, por ejemplo, por carecer de la titulación exigida o por haber superado la edad de jubilación forzosa.

Según ha expresado S. MIR PUIG, la expresión «requisitos legalmente establecidos» no debe entenderse como la ausencia de todos los requisitos, lo que «sería muy difícil pues uno de ellos suele ser la nacionalidad española», sino en el sentido de que no concurren en su totalidad los requisitos que la ley exige para el acceso al cargo⁴⁰⁷. Es decir, bajo la opinión del autor citado, para que exista delito del art. 405 CP, no se requiere que falten absolutamente todos los requisitos legales, sino que no se cumplan en su totalidad los que la ley exige para acceder al puesto al que se refiere la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión.

La redacción legal no distingue entre requisitos esenciales y accesorios, lo que plantea la cuestión de cuáles deben faltar para que la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión sean ilegales, determinando la realización del tipo penal; ¿es necesario que se incumpla un requisito fundamental, o basta con que se incumpla cualquier requisito legal, incluso si es de carácter formal?

La doctrina científica mantiene que, ya de inicio, debe tratarse de la ausencia de requisitos no subsanables en vía administrativa⁴⁰⁸. No basta, según la interpretación restrictiva mayoritaria, con cualquier incumplimiento de los requisitos para acceder a la función pública; debe tratarse de la falta de requisitos esenciales o fundamentales, es decir, aquellos sin cuya presencia no sería posible acceder al cargo público objeto de la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión⁴⁰⁹. SANTANA VEGA, por su parte, estima en su estudio específico

⁴⁰⁷ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», cit., p. 348.

⁴⁰⁸ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 316-317. En el mismo sentido, MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 86; el mismo, «Artículo 405», cit., p. 1784; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 161; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556.

⁴⁰⁹ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1862; MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 162; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 6; NICOLÁS JIMÉ-

que el delito habrá de apreciarse sobre todo «en aquellos casos en los que la falta de cualificación fuera significativa para el correcto desempeño del alto cargo para el que lo nombra y para el que lo acepta»⁴¹⁰. La falta de requisitos meramente accesorios, al carecer de la entidad suficiente para afectar al bien jurídico protegido, no colma la tipicidad⁴¹¹. En tal sentido, hablaríamos, por ejemplo, de no respetar determinados plazos administrativos. En cambio, si la ley exige una convocatoria pública para cubrir un puesto, prescindir de ella, eligiendo a una determinada persona «a dedo», implica que el acceso al cargo no se realiza conforme a derecho, comprometiendo de manera absoluta la validez del nombramiento.

Estamos de acuerdo con tal interpretación. Aunque la redacción del art. 405 CP hace mención, sin mayor especificación, a «los requisitos legalmente establecidos», no toda irregularidad en su cumplimiento debe dar lugar al delito: únicamente la falta de requisitos esenciales (tanto de orden sustantivo como formal), indispensables para acceder legítimamente a un puesto público, integra la tipicidad. La ausencia de un requisito esencial determina que no debería haberse permitido el acceso a la función pública. Implica que el nombramiento vulnera los principios de igualdad, objetividad, mérito y capacidad que deben regir los procesos de selección del personal al servicio de las administraciones públicas. Además, tanto para el correcto desempeño del cargo como para el buen funcionamiento de la Administración pública, no tiene la misma significación un requisito accesorio que uno esencial. Si se pretende garantizar, siquiera indirectamente, un adecuado desempeño del puesto —condición necesaria, al mismo tiempo, para el correcto funcionamiento de los servicios públicos—, sólo los requisitos esenciales pueden tener relevancia.

Los requisitos cuya ausencia determina la ilegitimidad de la propuesta, nombramiento o dación de posesión pueden ser tanto de carácter material o sustantivo, relativos a la propia persona —la falta

NEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 405», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.^a ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024, p. 3556.

⁴¹⁰ SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, cit., p. 384.

⁴¹¹ MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545.

de titulación necesaria, v. gr.— como de naturaleza procedimental⁴¹². Ejemplo de estos últimos sería no dar publicidad de la convocatoria para cubrir una plaza (de profesor titular de universidad, v. gr.) o la inobservancia del baremo previsto para valorar los méritos⁴¹³. CATALÁN SENDER exige, en cuanto a los últimos, la conculcación de valores positivados en la Constitución⁴¹⁴.

Si, como ocurría en el art. 382 del Código anterior, los requisitos se refirieran únicamente a la persona propuesta o designada⁴¹⁵, difícilmente podría considerarse típica la vulneración de normas procedimentales, incluso si fueran básicas. Para determinar la existencia de ilegalidad, deben consultarse las normas aplicables al proceso de selección, incluidas las disposiciones de carácter específico y las bases de la convocatoria⁴¹⁶. En las bases de las convocatorias, que habrán de ser publicadas en un boletín oficial y/o en el tablón de anuncios de la institución convocante, se establecen los requisitos exigibles para acceder al puesto convocado⁴¹⁷. Dichos requisitos deben cumplirse a la fecha de expiración del plazo de presentación de solicitudes o candidaturas para participar en el proceso de selección. En el RDL 5/2015, de 30 de octubre, se fijan unos requisitos generales para acceder al empleo público. Si el puesto es de libre designación, habrá que atender a la legislación aplicable.

Estamos ante un tipo mixto alternativo que contempla, equiparándolas, tres conductas distintas: proponer, nombrar y dar posesión del cargo. Cada una de ellas corresponde a una de las fases del proceso de acceso a la función pública, desde la propuesta que sirve de

⁴¹² Por todos, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1862; MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., pp. 550-551; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 162; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609; SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, cit., p. 384; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556.

⁴¹³ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴¹⁴ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 108.

⁴¹⁵ Así, no obstante, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3, cuando dice, «en la persona propuesta, nombrada o de cuya toma de posesión se trate han de faltar “los requisitos legalmente establecidos para ello”».

⁴¹⁶ Cfr. JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», cit., pp. 5-6.

⁴¹⁷ Cfr. AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., p. 226.

base al nombramiento posterior; hasta la toma de posesión, entendida como el acto formal mediante el cual los funcionarios se incorporan oficialmente a su puesto. Es decir, se cubre «desde la selección a la incorporación»⁴¹⁸. Todas las modalidades típicas comparten un elemento común: el abuso de la competencia atribuida a la autoridad o funcionario público⁴¹⁹. En el caso de los funcionarios administrativos, el nombramiento y la toma de posesión son condiciones indispensables para adquirir tal condición. En lo que respecta al personal laboral, la condición de empleado público se adquiere con la firma del contrato.

El proceso de ingreso a un empleo público se produce generalmente a través de una de estas tres vías: oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos. La protección penal se adelanta a la simple propuesta. El tipo requiere el dictado de un acto administrativo por el cual se proponga, nombre o dé posesión para el ejercicio de un cargo público. La propuesta debe entenderse en sentido administrativo⁴²⁰, lo que implica la tramitación de un procedimiento formal, y no como una simple sugerencia, de naturaleza informal, si bien quien sugiere podría ser partícipe a título de inductor⁴²¹.

En lo que concierne a la propuesta —que es lo que aquí realmente nos interesa—, esta consiste en proponer el nombramiento de una determinada persona a la autoridad competente para efectuarlo⁴²², generalmente tras un proceso de evaluación de los candidatos. La propuesta para ocupar un puesto engloba a quienes participan en un proceso selectivo⁴²³. El tribunal o comisión de selección debe comprobar que cada aspirante cumple los requisitos de la convocatoria y valorar sus méritos⁴²⁴. En el proceso de selección, habrá de garantizarse que todos los ciudadanos dispongan de iguales oportunidades

⁴¹⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴¹⁹ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴²⁰ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1860.

⁴²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1094; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1861; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 158; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 5; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 683.

⁴²² MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevención de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867.

⁴²³ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴²⁴ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135.

de acceso a un empleo público, debiendo seleccionarse al candidato más idóneo, siempre respetando la legalidad vigente⁴²⁵.

El nombramiento es el acto mediante el cual se designa oficialmente a una persona para un cargo o función pública. La persona nombrada no reúne los requisitos legales para acceder a la función pública. Comprende, además de los nombramientos ilegales, los casos en que no se rechaza la propuesta de personas indebidamente propuestas⁴²⁶. Según QUERALT JIMÉNEZ quienes elaboran materialmente la resolución y deben velar por la pureza del nombramiento responderán como partícipes⁴²⁷. La toma de posesión es el acto de aceptación por parte del funcionario nombrado⁴²⁸. Según MARTÍNEZ ARRIETA⁴²⁹, es un acto resolutivo.

Este delito también se puede cometer cuando el candidato que ya posee la condición de servidor público aspire a un nuevo puesto dentro de la Administración⁴³⁰; no considerarlo así impediría, sin fundamento, sancionar los nombramientos ilegales de personas que ya son empleados públicos.

Pese a lo que podría parecer *prima facie*, no estamos ante un precepto que constituya ley especial frente a la prevaricación administrativa (cfr. SSTs 2340/2001, de 10 de diciembre — ECLI:ES:TS:2001:9659; 357/2012, de 16 de mayo — ECLI:ES:TS:2012:3228; 692/2016, de 27 de julio — ECLI:ES:TS:2016:3893; 573/2025, de 24 de junio — ECLI:ES:TS:2025:3271)⁴³¹. Este tipo no exige la «arbitrariedad» de la resolución y, en cuanto a la tipicidad subjetiva, junto al dolo, basta

⁴²⁵ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴²⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135.

⁴²⁸ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 5. Para OLIVAS MORILLO, la conducta de dar posesión consiste en «facilitar la incorporación efectiva a quien carece de legitimidad normativa». «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., p. 7.

⁴²⁹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴³⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556.

⁴³¹ De otra forma, sin embargo, GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 582; NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 872; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 165; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 8; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 977; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1007.

con que el funcionario actúe, en cualquiera de las tres modalidades típicas previstas, «a sabiendas de su ilegalidad». Como han dicho MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, por cuanto sólo se requiere la simple «ilegalidad» de la investidura, sin necesidad de arbitrariedad del acto, el delito del art. 405 CP «se manifiesta menos lesivo que el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP»⁴³². El delito del art. 405 CP es, pues, por su menor antijuricidad, una figura criminal menos grave que la prevaricación administrativa (cfr. SAP Salamanca 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267)⁴³³, bastando para colmar la tipicidad objetiva con que el acto realizado sea ilegal, aunque sea conveniente, si bien es cierto que su tenor literal no obliga a ello⁴³⁴, preconizar una interpretación restrictiva respecto de la entidad que deben alcanzar los requisitos incumplidos.

Según la SAP Albacete 45/2025, de 14 de febrero (ECLI:ES:APAB:2025:101), «se configura el delito del artículo 405 del CP como una modalidad residual respecto del delito de prevaricación, sancionando conductas que a priori podrían incardinarse en el delito de prevaricación pero que, sin embargo, presentan una menor antijuricidad en cuanto al acto administrativo».

Si la «resolución» es arbitraria, será de aplicación el delito de prevaricación administrativa⁴³⁵ (cfr. SAP Salamanca 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267; cfr. además SAP Madrid 508/2017, de 4 de septiembre — ECLI:ES:APM:2017:11084⁴³⁶), siempre que se

⁴³² MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859.

⁴³³ De esta idea, IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 608.

⁴³⁴ Así, CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1922.

⁴³⁵ Por todos, aunque en general entendiendo que arbitrariedad es sinónimo de injusticia, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 608; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 2000; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., pp. 2556-2557; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 111.

⁴³⁶ Observamos allí lo siguiente: «El cumplimiento de los requisitos del delito del art. 404 del Código Penal, obliga a confirmar la condena del recurrente efectuada en la sentencia apelada y sirve, al mismo tiempo, para descartar la procedencia de aplicar el art. 405 del Código Penal, que el recurrente interesa, con carácter subsidiario a la absolución, en el segundo motivo de su recurso. Lo que colma las exigencias del primero de dichos tipos es la exclusión de la bolsa de empleo del Sr. Cosme, primero de los acuerdos adoptados sobre dicha bolsa por la Junta de Gobierno Local y ese acuerdo no tiene encaje posible en el segundo tipo, que incluye las conductas de

verifiquen, además, los elementos de tipicidad subjetiva. Estas conductas que se contemplan en el art. 405 CP serían impunes si no estuvieran expresamente tipificadas, ya que no quedarían alcanzadas por la prevaricación del art. 404 CP⁴³⁷.

A nuestro juicio, en el delito de prevaricación administrativa debe exigirse una resolución arbitraria —infundada⁴³⁸— e injusta, en tanto que, en cuanto a esto último, grosera y manifiestamente ilegal. Sin no concurren tales elementos, no habría problema en aplicar el art. 405 CP, que requiere únicamente la nota de «ilegalidad» del acto administrativo. En el delito de prevaricación del art. 404 CP la resolución debe ser injusta y, además de ello, haberse dictado con apartamiento de las normas y los principios constitucionales. La ilegalidad «ordinaria», que no llega a constituir injusticia, aunque el acto sea arbitrario, no colma el tipo objetivo de la prevaricación. Así, si la resolución no es arbitraria, nunca se podría aplicar el art. 404 CP, pese a que esté presente la nota de injusticia como contrariedad absoluta al derecho de la resolución.

Para la aplicación del art. 405 CP, en principio, basta con la mera infracción de la legalidad⁴³⁹, aunque los supuestos de ilegalidades insignificantes o el incumplimiento de puras formalidades deben quedar excluidos del tipo⁴⁴⁰. FEIJOO SÁNCHEZ ha propuesto utilizar el

proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello».

⁴³⁷ Cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 2000. S. MIR PUIG se ha pronunciado en contra de la tipificación como delito de los nombramientos ilegales; a su juicio, su mantenimiento en el Código «dificulta una diferenciación cualitativa entre tales delitos y las infracciones meramente disciplinarias (...) Ello redundaría en una mayor esfera de lo penal en España, lo que resulta discutible desde el prisma de la concepción del Derecho Penal como ultima ratio». «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., p. 311.

⁴³⁸ Así también ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 640 (digital).

⁴³⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 43. CRUZ PALMERA parece querer requerir una injusticia o arbitrariedad. «Ingeniería jurídica» al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 169. En la misma línea que el anterior, QUESADA SARMIENTO, M.J., «Comentario a la STS de 25 de enero de 2023, sobre delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, n.º 10236, 2023, p. 6.

⁴⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1095.

art. 103.3 CE como criterio orientador para determinar el umbral de lo penalmente relevante⁴⁴¹.

FEIJOO SÁNCHEZ, en otra ocasión, ha exigido que la contradicción con la legalidad del acto sea de la misma entidad que la requerida en el delito de prevaricación administrativa⁴⁴². En la jurisprudencia, el ATS de 2 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:11839A) expresa que la simple ilegalidad administrativa no es suficiente para integrar este delito: «como ocurre con el delito de prevaricación penado en el artículo 404 CP, no basta a estos efectos la mera ilegalidad (que puede ser objeto de control, en su caso, por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa), sino que es necesario una contravención clara con el ordenamiento, de manera que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable».

Sin embargo, de requerirse una ilegalidad del mismo calibre que la exigida en el delito del art. 404 CP, se difuminaría —salvedad del requisito de arbitrariedad, como aquí ha sido entendido— la frontera entre ambos tipos. El tipo del art. 405 CP desplazaría al del art. 404 CP al tratarse de una conducta más específica (*lex specialis*), cuando la resolución adoptada consistiera en una propuesta, nombramiento o dación de posesión. Pero con esa solución exegética, se pondría en grave tensión el principio de proporcionalidad, puesto que, como han indicado MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «se estarían equiparando conductas que presentan un desvalor de distinta intensidad»⁴⁴³, menor en el caso de las tipificadas en el art. 405 CP. Podrían sancionarse con una pena inferior (la del art. 405 CP) a la que realmente les correspondería, por los caracteres que revisten, comportamientos que deberían calificarse *ex art.* 404 CP.

Se observa correctamente, en nuestra opinión, en alguna jurisprudencia que «en los supuestos de propuesta, nombramiento o toma de posesión arbitrarios, verificados a sabiendas de su injusticia, deben subsumirse en el tipo del 404, salvo que quede comprometido el principio de proporcionalidad» (SAP Salamanca 17/2005, de 25 de

⁴⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1095.

⁴⁴² FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Diario La Ley*, 1997, p. 8.

⁴⁴³ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859.

abril — ECLI:ES:APSA:2005:267)⁴⁴⁴. Con esta interpretación, si estamos ante una resolución arbitraria (e injusta), sería aplicable el art. 404 CP; en cambio, la ausencia de arbitrariedad conllevaría que no puedan desbordarse los contornos del art. 405 CP.

Ahora bien, nótese que este art. 405 CP, a diferencia del art. 404 CP, no requiere el dictado de una «resolución»⁴⁴⁵, aunque en la práctica alguna de las modalidades típicas lo exigirá. De esta forma, si no hay resolución en el sentido que exige el art. 404 CP, y una propuesta de nombramiento no lo es, nunca sería aplicable el indicado art. 404 CP. Así, en el caso de las propuestas, pese a que puedan ser manifiestamente arbitrarias e injustas, debe descartarse de plano la aplicación del art. 404 CP. Por el contrario, si se admitiera que una propuesta es una resolución a los efectos del art. 404 CP, el art. 405 CP quedaría reservado para aquellos supuestos en que la propuesta vulnera la legalidad ordinaria, pero sin alcanzar el umbral de injusticia. Y ello, en ausencia de injusticia, tanto si la propuesta fuera arbitraria como si no lo fuese. El nombramiento, por su parte, sí que es realizado a través de una resolución (la jurisprudencia del TS admite que la resolución abarca, entre otros actos de contenido singular, los nombramientos; por todas, STS 627/2006, de 8 de junio — ECLI:ES:TS:2006:3820). Si el nombramiento es ilegal, sin llegar a ser injusto, y concurren todos los elementos del tipo, no saldríamos del ámbito del art. 405 CP. Si, en cambio, es injusto y arbitrario, sí que será de aplicación el art. 404 CP, que desplazará al delito de nombramiento ilegal⁴⁴⁶. Con una interpretación particular, SANTANA VEGA mantiene que si la resolución de nombramiento es, además de ilegal, arbitraria, habrá un concurso con el delito de prevaricación, «castigando así al que nombra por un

⁴⁴⁴ Esta es la opinión, en la doctrina, de MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859.

⁴⁴⁵ Sobre la ausencia de resolución, dice MELÉNDEZ SÁNCHEZ que «el tipo no hace alusión concretamente al término resolución, como se precisa para el delito de prevaricación, debiendo entenderse que se hace extensiva a cualquier actuación que determine cualquiera de las conductas referidas en el tipo». «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1005.

⁴⁴⁶ Según GÓRRIZ ROYO, de otra idea, «de darse dicho solapamiento, podría acudir al *principio de especialidad* a favor del delito del art. 405 C.P. si la conducta realizada consistiera en “nombrar” o “dar posesión” porque en estos casos también se requiere una *resolución* de la autoridad. Sin embargo, parece lo lógico acudir al principio de consunción impropia o alternatividad (art. 8.4. C.P.), en casos en que se verifique el delito del art. 404 C.P. y la modalidad delictiva del art. 405 C.P. consistente en “proponer”, por cuanto ésta no requiere emitir una resolución, de manera que se aplicaría el delito de prevaricación administrativa al ser el que señala una pena de mayor gravedad». «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 582.

concurso medial entre ambos»⁴⁴⁷. Es discutible, por lo demás, si es aplicable el art. 406 CP, que castiga a quien acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles, cuando los actos relativos al nombramiento o la dación de posesión han de ser sancionados por la vía del delito de prevaricación del art. 404 CP.

Según algunos pronunciamientos jurisprudenciales, hacer caso omiso de las normas que regulan un procedimiento de contratación y de los principios que inspiran esa normativa daría lugar al delito del art. 404 CP (STS 357/2012, de 16 de mayo — ECLI:ES:TS:2012:3228). Efectuar un nombramiento por quien carece de competencia para ello, conducta impune según el art. 405 CP por exigir este tipo una actuación dentro del marco competencial del funcionario, también nos situaría ante la prevaricación administrativa (STS 600/2014, de 3 de septiembre — ECLI:ES:TS:2014:3522)⁴⁴⁸. En ese último caso, cuando la persona es manifiestamente incompetente, a nuestro juicio, habría más bien un delito de usurpación de funciones (cfr., en este sentido, STS de 9 de marzo de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:15859)⁴⁴⁹. Y, en definitiva, «la clandestinidad en la contratación administrativa, la invocación de inexistentes razones de urgencia y, en fin, la desatención del informe técnico que advertía de esas irregularidades, son hechos que desplazan la aplicación del tipo atenuado (art. 405) y encajan perfectamente en el tipo básico (art. 404)» (STS 573/2025, de 24 de junio — ECLI:ES:TS:2025:3271).

De acuerdo con la STS 27/2023, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:156), «estaremos ante un delito definido en el art. 405 CP cuando el nombramiento es ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, vulnerándose con ello una normativa de legalidad ordinaria. Sin embargo, cuando lo que es ilegal es

⁴⁴⁷ SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, cit., p. 384.

⁴⁴⁸ De acuerdo con ello, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., pp. 3052-3053; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1136; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴⁴⁹ Por todos, JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», cit., p. 6; NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 872; ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARÍNEZ, A., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, cit., p. 104; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 154; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 3; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 405», cit., p. 3556. Si el funcionario actúa sin tener competencia, su conducta sería, en principio, impune según SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 787.

el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, y no se refiere a un nombramiento puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los derechos constitucionales recogidos en el art. 23.2 CE y garantizar los principios de publicidad mérito y capacidad a que se refiere el art. 103.3 CE, la conducta tendrá su encaje en el art. 404 CP».

Existirán, en cualquier caso, supuestos fronterizos problemáticos en los que se discutirá si determinadas irregularidades pueden tener o no encaje en el art. 405 CP⁴⁵⁰. La valoración de si una persona posee la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas (requisito general para acceder a la función pública ex art. 56.1 del RDL 5/2015, de 30 de octubre) es, sin duda, altamente problemática.

Un caso polémico es el relativo a las incompatibilidades. En la muy antigua STS de 28 de diciembre de 1926 (ECLI:ES:TS:1926:698), se consideró que, para la existencia del delito, el designado ha de estar «incapacitado con arreglo a las leyes para el ejercicio del cargo que se le confiere», «sin que esto pueda ni deba, confundirse con las incompatibilidades en que pudiera estar incurso, según los casos, el nombrado». A nuestro juicio, el núcleo del delito reside en el acceso irregular al cargo público, no en el incumplimiento de los requisitos para el desempeño (posterior) del puesto⁴⁵¹. Si falta un requisito esencial para acceder al cargo, la autoridad no debería haber propuesto ni nombrado a esa persona concreta, ni a ningún otro candidato en su misma situación. En este orden de cosas, vulnerar la normativa o las previsiones de la convocatoria sobre incompatibilidades podría dar lugar al delito, pero sólo si tal incompatibilidad impidiera legalmente acceder al cargo. Dicho de otro modo: si las incompatibilidades imposibilitan la participación en el proceso de selección del candidato⁴⁵². El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades suele es-

⁴⁵⁰ Vid. en general CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., pp. 108-109.

⁴⁵¹ De otra forma, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., pp. 152 y 156.

⁴⁵² En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3: «las causas de incompatibilidad no son óbice para aquella participación [en el proceso selectivo], ya que sólo afectan al desempeño del cargo».

tar catalogado como falta disciplinaria muy grave (por ejemplo, cfr. art. 95 RDL 5/2015, de 30 de octubre)⁴⁵³.

Por otra parte, siempre ha resultado controvertido qué debe entenderse por «cargo público». En la doctrina se ha discutido si la expresión legal «ejercicio de un determinado cargo público» se refiere exclusivamente a los funcionarios administrativos (de carrera o interinos) o si debe entenderse en un sentido más amplio, abarcando también al personal laboral. En lo que respecta a los funcionarios, se considera que ejerce un cargo público tanto quien lo ocupa de manera definitiva como quien lo hace interinamente⁴⁵⁴, realizando ambos incluso actividades de la misma naturaleza, con la única diferencia de que su empleo tenga o no carácter estable⁴⁵⁵. Por ello, no parece razonable sostener que el delito sólo puede cometerse cuando hablamos de la investidura de los funcionarios de carrera, pese a las dudas expresadas por S. MIR PUIG⁴⁵⁶.

Para excluir la designación o contratación del personal laboral del ámbito del tipo penal, se ha recurrido principalmente al argumento de que, aunque el personal contratado participe en el ejercicio de funciones públicas, no ejerce un cargo público⁴⁵⁷. Un sector minoritario de la doctrina, sin embargo, no ve inconveniente alguno en admitir

⁴⁵³ La SAP Córdoba 276/2013, de 17 de octubre (ECLI: ES:APCO:2013:1572), considera suficiente la existencia de una causa de incompatibilidad de las previstas por el art. 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, para apreciar el delito del art. 405 CP: «Don Cornelio es autor responsable del delito de nombramiento ilegal en cuanto fue él como Alcalde del Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera quien nombró y mantuvo posteriormente en el cargo a quien, por razón de su incompatibilidad, no podía ejercerlo». En la doctrina, también, ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴⁵⁴ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 6.

⁴⁵⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1861.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 315-316.

⁴⁵⁷ Así, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 362; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1861; CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1921; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 160; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 6; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609; MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784.

que el art. 405 CP comprende también las propuestas y los «nombramientos» del personal laboral⁴⁵⁸.

Esta última interpretación es, a nuestro juicio, la más adecuada desde la perspectiva del bien jurídico tutelado: la misma legalidad puede verse afectada con la investidura de un funcionario que con la de un contratado laboral. Tratándose de idénticos comportamientos, no tiene mucho sentido —en realidad, ninguno— que sólo sean punibles las ilegalidades cometidas en relación con la designación de funcionarios públicos, pero no con la del personal laboral. Tales designaciones también vienen alcanzadas por los mandatos contenidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en tanto que son, de igual manera, empleados públicos⁴⁵⁹. El acceso del personal laboral está sometido a un procedimiento legal de selección y debe llevarse a cabo conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Si se protege, además, la función pública, siquiera indirectamente, esta puede verse afectada por personas que no son funcionarios según el ordenamiento administrativo pero que sí ostentan la condición de trabajadores públicos⁴⁶⁰. A mayor abundamiento, materialmente, el personal laboral desempeña funciones públicas «de igual naturaleza y contenido que las que realizaría una persona que tuviese un reconocimiento legal de sus funciones», como observamos en la STS 866/2003, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4144). Conviene recordar, asimismo, que su vínculo con la Administración puede ser incluso de carácter permanente, como sucede con el personal fijo.

El ejercicio de un cargo significa la incorporación o adscripción a la organización de la Administración pública⁴⁶¹. Ciertamente, son muy dudosas las ventajas de entender este concepto en sentido puramente administrativo, cuando se rechaza por ejemplo que el art. 24 CP sea una norma penal en blanco que, para rellenar el concepto de funcionario público a los efectos jurídico-penales, se remita al Derecho administrativo. Por todo ello, parece procedente, como plantean MANZANARES

⁴⁵⁸ SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 788; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556; parece que también MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867.

⁴⁵⁹ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 107.

⁴⁶⁰ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1095, aunque su argumento va referido a los funcionarios interinos.

⁴⁶¹ ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 75.

SAMANIEGO⁴⁶² o FABIÁN CAPARRÓS⁴⁶³, ambos con el argumento de que la ley no establece distinción alguna, tomar como referencia en la interpretación del art. 405 CP lo dispuesto por el art. 24.2 CP (SAP Ávila 25/2003, de 17 de febrero — ECLI:ES:APAV:2003:81)⁴⁶⁴, exigiendo que las conductas típicas se dirijan al acceso a un empleo público, ya sea como funcionario, ya sea como personal laboral. También quedaría incluido —al menos en nuestra opinión— el personal eventual que participará en funciones públicas.

Con la interpretación mayoritaria, las propuestas de provisión o las resoluciones que dispongan la suscripción de contrato del personal laboral, aun siendo ilegales, deberían recibir la atención de otros sectores del ordenamiento jurídico, pero no por parte del Derecho penal.

El delito, de mera actividad en cuanto a su naturaleza⁴⁶⁵, es de consumación instantánea en cualquiera de los tres comportamientos típicos (STS 677/2014, de 22 de octubre — ECLI:ES:TS:2014:4093)⁴⁶⁶, sin que sea necesario que la propuesta o el nombramiento se publiquen, ni mucho menos que sean aceptados. Tampoco se requiere que la persona nombrada, ni siquiera en relación con las conductas de nombramiento o de dar posesión al nombrado ilegítimamente, llegue a ocupar efectivamente el cargo o a desempeñar cometido oficial alguno. Asimismo, para la consumación no es preciso tampoco que se produzca el resultado perseguido con la resolución dictada⁴⁶⁷.

⁴⁶² MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁶³ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1999.

⁴⁶⁴ En contra expresamente, sin embargo, NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 683.

⁴⁶⁵ Por todos, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053.

⁴⁶⁶ En la doctrina, por todos, ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, cit., p. 217; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 788; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 741.

⁴⁶⁷ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006.

Es imaginable la tentativa, pero sólo la inacabada⁴⁶⁸, por ejemplo, en el supuesto planteado por ESQUINAS VALVERDE⁴⁶⁹: «se intenta proponer para su nombramiento a un candidato que, por carecer de las cualidades, no llega a entrar en el proceso de selección». MARTÍNEZ ARRIETA, por su parte, rechaza toda posibilidad de que exista tentativa⁴⁷⁰.

No es un delito permanente, lo que tiene trascendencia en orden a la prescripción, siendo el *dies a quo* aquel en que se produce la propuesta o el nombramiento (STS 677/2014, de 22 de octubre — ECLI: ES:TS:2014:4093).

Desde la vertiente subjetiva, sólo es posible la modalidad dolosa. La comisión imprudente es impune. La ausencia de los requisitos legales deberá quedar abarcada por el dolo⁴⁷¹. Se exige, de manera adicional al dolo, la actuación del funcionario público o autoridad «a sabiendas de su ilegalidad». Es suficiente con que la autoridad o funcionario público tenga conciencia de la ilegalidad de su actuación, a diferencia de lo que requiere el tipo del art. 404⁴⁷². C. MIR PUIG ha entendido, no obstante, que esta es una locución sinónima a la que emplea el art. 404 CP («a sabiendas de su injusticia»)⁴⁷³. Estamos con el elemento «a sabiendas de su ilegalidad» ante un elemento subjetivo del injusto de tipo cognoscitivo⁴⁷⁴, lo que elimina la comisión mediante dolo eventual. Las razones que hayan impulsado al órgano a adop-

⁴⁶⁸ Por todos, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006. En la STS 677/2014, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4093), se dice que «los actos descritos como típicos en los dos preceptos serían susceptibles de ejecutarse y perfeccionarse como tales, aun cuando el irregularmente favorecido con ellos no hubiera llegado luego, por lo que fuere, a iniciar de manera efectiva el desempeño del cometido oficial correspondiente».

⁴⁶⁹ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053. De otra forma, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 156.

⁴⁷¹ SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, cit., p. 401.

⁴⁷² Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 7.

⁴⁷³ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 83-84.

⁴⁷⁴ Así, POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 281: la expresión legal «expresa la exigencia de concurrencia en el ánimo subjetivo del autor de un elemento subjetivo del injusto de carácter cognitivo, que requiere la patente constancia personal de la ilegalidad de la acción de nombrar, proponer o posesionar a un sujeto de la cualidad de funcionario».

tar la propuesta o el nombramiento indebido carecen de toda relevancia. La SAP Ávila 25/2003, de 27 de febrero (ECLI:ES:APAV:2003:81), estima, de otra forma, que basta el dolo, admitiendo incluso el dolo eventual⁴⁷⁵.

Por otra parte, el art. 406 CP castiga con la misma pena de multa (de tres a ocho meses) a quien acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles. Una previsión en tal sentido no existía en el Código anterior. De esta manera, la antijuricidad de la conducta, es decir, el acceso ilegal a la función pública, se aborda desde una doble vertiente, como señala MARTÍNEZ ARRIETA: la del funcionario que propone, nombra o da posesión ilegalmente y la del particular que acepta tal nombramiento⁴⁷⁶. El investido irregularmente se convertirá en funcionario de hecho. De no existir este precepto, el sujeto que aceptara la investidura sería cooperador necesario⁴⁷⁷, castigándosele con la misma pena que al autor. Se ha dicho, por ello, que la regulación de este tipo peca de superflua⁴⁷⁸.

a) Consideraciones específicas para el ámbito universitario

Las comisiones de selección y los tribunales de oposición, una vez evaluados los candidatos, formulan una propuesta de provisión de la plaza a favor del aspirante seleccionado, dirigida a la autoridad que debe efectuar el nombramiento. En el caso de los concursos universitarios, quien debe disponer, mediante resolución, el nombramiento o la suscripción de contrato laboral es el rectorado de cada universidad. La propuesta se publicará en el tablón de anuncios electrónico de la universidad. El nombramiento es un acto administrativo posterior, distinto de la propuesta. Si hablamos de los funcionarios docentes, corresponde realizar tal nombramiento al rector de la universidad convocante del concurso (cfr. art. 4.1 del Real Decreto 898/1985, de

⁴⁷⁵ Entre la doctrina, de este modo también MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053; ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 2001. No cabe el dolo eventual, sino exclusivamente el directo, según MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1005; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», p. 4.

⁴⁷⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3051.

⁴⁷⁷ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 708.

⁴⁷⁸ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 610.

30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario; y art. 35.2 RD 678/2023, de 18 de julio). Si se trata de personal laboral, la resolución de formalización del contrato suele adoptarla el vicerrectorado de profesorado en virtud de delegación del rector, que es quien ostenta la competencia propia para realizarlo.

En vista de que una propuesta no es una «resolución»⁴⁷⁹, cabría derivar al art. 405 CP los supuestos concretos de propuestas irregulares de las comisiones de selección del personal y, en general, de los tribunales de oposición⁴⁸⁰. Con el Código anterior, ya lo advertía ROLDÁN BARBERO en relación con su art. 382: «esto rige para los Tribunales y órganos de selección del personal. Recuérdese que en la prevaricación específica del artículo 382 CP se concreta que el delito no lo comete sólo el que nombra, sino también el que propone»⁴⁸¹.

Quedan plenamente incluidos los procesos de selección del profesorado de las universidades públicas, que, según la figura docente, pueden consistir en un concurso de méritos (ayudantes doctores, asociados y sustitutos) o en un concurso-oposición (permanentes laborales, titulares y catedráticos). Las propuestas, como sabemos, las realizará la comisión de selección designada para el concurso, integrada por profesores universitarios, en su mayoría externos a las universidades convocantes, tal y como impone la LOSU. No obstante, en algunos casos, la comisión estará integrada en su totalidad por personal de la universidad convocante (en plazas de profesor asociado y de profesor sustituto).

La doctrina admite que este delito puede cometerse en el marco de oposiciones o concursos. Según QUERALT JIMÉNEZ, incurrirían en la modalidad de proposición, si concurren todos los demás elementos típicos, «los miembros de los tribunales de oposiciones o comisiones de selección o quienes deben evaluar el resultado del período de prácticas, cuando éste sea legalmente preceptivo»⁴⁸². Asimismo, IGLESIAS RÍO estima que puede haber delito en la propuesta realizada por un tribunal de oposiciones o una comisión de selección de

⁴⁷⁹ De esta idea, al tratar la relación entre los tipos de los arts. 404 y 405 CP, CARDENAL MONTRAVETA, S./ROGÉ SUCH, G., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404-406)», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo 1, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 703, cuando señalan: «un primer criterio de distinción consistiría en entender que ni la proposición ni el dar posesión suponen resoluciones».

⁴⁸⁰ MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784.

⁴⁸¹ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁴⁸² QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135.

un candidato⁴⁸³. Más en concreto, en opinión de CRUZ PALMERA, este delito podría existir «en el procedimiento que permite que un sujeto incompetente (mediocre) acceda al cargo desplazando a los competentes»⁴⁸⁴.

Los supuestos más problemáticos, como bien advierte MANZANARES SAMANIEGO⁴⁸⁵, surgen en relación con la apreciación de los méritos y las valoraciones técnicas de las comisiones. Constituiría un delito del art. 405 CP la propuesta de nombramiento de alguien que no cumple los requisitos legales esenciales para acceder al puesto en cuestión (edad, titulación, inhabilitación judicial, acreditación exigida, previsiones sobre discapacidad, etc.) o que no haya superado un proceso de selección cuando éste resulte preceptivo⁴⁸⁶.

Los requisitos vendrán detallados en las bases de las convocatorias de las plazas. Algunos serán generales para acceder a un empleo público (art. 56 RDL 5/2015, de 30 de octubre) y otros específicos: a modo de ejemplo, título de doctor, no haber agotado el tiempo máximo de contrato para la figura de profesor ayudante doctor, estar en posesión de la acreditación correspondiente, ostentar la condición de profesor en una plaza de igual categoría y correspondiente al mismo área de conocimiento que la convocada⁴⁸⁷. Estos requisitos deberán cumplirse a la fecha de finalización del plazo para presentar la solicitud de participación en el concurso y se exige que se mantengan a lo largo de todo el proceso selectivo.

Las plazas se convocan mediante resolución rectoral y las convocatorias son públicas. Si se trata de una convocatoria de acceso a plazas de los cuerpos docentes, la resolución de convocatoria deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado y en el diario oficial autonómico correspondiente (cfr. art. 29 RD 678/2023, de 18 de ju-

⁴⁸³ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544.

⁴⁸⁴ CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 158.

⁴⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁸⁶ Por ejemplo, en el caso de la SAP Málaga 51/2019, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2019:2134), proponer como candidato a juez de paz a quien no ha sido designado por el pleno de la corporación municipal, prescindiendo, por lo tanto, del procedimiento en la designación. O, en el caso de la STS 27/2023, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:156), se nombra para un cargo público a un contratista, cuando para cubrirlo era exigible tener la condición de funcionario público. En el mismo sentido que la última, la STSJ Madrid 266/2020, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2020:12139).

⁴⁸⁷ Vid. el caso de la profesora que logró una plaza de profesora titular sin estar acreditada en la UCM3. <https://www.elmundo.es/espana/2024/04/15/661d6a50e85ece6f588b457d.html> [última consulta: 27.07.2025]

lio). En el caso del personal laboral, la resolución de convocatoria se publicará en el tablón electrónico de la universidad y, cuando se trate de personal fijo, normalmente también en el diario oficial de la comunidad autónoma.

Tendría cabida en este delito la propuesta realizada a favor de quien no es el candidato más idóneo o capacitado para desempeñar el puesto, aun cuando aparentemente se hayan respetado todas las formalidades legales. Pero téngase en cuenta que esto no se debe al simple hecho de elegir al aspirante menos preparado, sino a que esa elección, realizada en el marco de un proceso reglado, supondría vulnerar los principios básicos que deben observarse en todo acceso a la función pública (entendida en términos amplios)⁴⁸⁸. Dicho acceso debe realizarse en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad, lo que se ve frustrado cuando se sigue una estrategia predeterminada para favorecer a un candidato concreto. En este delito no se tipifica la elección del candidato menos idóneo, sino, como explica FEIJOO SÁNCHEZ, «el elegir un candidato inidóneo o inapto de acuerdo con lo dispuesto por la ley y sus normas de desarrollo»⁴⁸⁹.

La valoración de los méritos debe ser objetiva y venir justificada bajo criterios técnicos o pedagógicos. Cuando dicha valoración se aparta de tales parámetros y obedece a consideraciones ajenas al mérito y a la capacidad, puede apreciarse la posible trascendencia penal de la conducta. La infracción de los principios constitucionales que han de respetarse en el acceso a la función pública hace que deba acudirse al tipo penal del art. 405 CP⁴⁹⁰.

La propuesta ilegal puede producirse tanto si concurren varios aspirantes en el proceso, como si sólo se ha presentado uno, y se propone adjudicarle la plaza a pesar de que legalmente ello no era lo procedente, por carecer, por ejemplo, de los requisitos necesarios para ser investido. Recuérdese, no obstante, que también puede darse este delito por el cumplimiento de normas de procedimiento, si las mismas son básicas.

⁴⁸⁸ En este sentido, y desde la perspectiva de la objetividad del proceso, QUE-RALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135. Según, en cambio, MANZANARES SAMANIEGO, «no parece, sin embargo, que los requisitos legales del artículo 405 puedan interpretarse con la extensión suficiente como para abarcar también dichos aspectos del proceso selectivo». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., pp. 3-4.

⁴⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1094.

⁴⁹⁰ Cfr. MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 6.

Los miembros de las comisiones, en tanto que estas son órganos colectivos, integrados por una pluralidad de miembros, responderán como coautores, atendiendo al sentido de su voto, y siempre que concurren en cada uno de ellos los requisitos de la tipicidad subjetiva. Según MELÉNDEZ SÁNCHEZ, «cabría entender coautoría, en el supuesto de una comisión de contratación o tribunal de oposición o concurso público, en el que conocedores todos o parte de los integrantes de este, de la carencia de requisitos del candidato, se resolviera votando a favor de la contratación del mismo»⁴⁹¹.

El delito queda consumado con la misma propuesta, sin ser necesario que se llegue a nombrar después al candidato. Podría suceder, en el caso que nos ocupa, que el rectorado rechace la propuesta debido a su ilegalidad, pero ello no eliminará el delito cometido por los miembros del órgano que efectuó la propuesta de provisión.

Algunas irregularidades podrían constituir verdaderas injusticias, lo que, en principio, podría llevar a la aplicación del art. 404 CP. Sin embargo, como se ha dicho, una propuesta no tiene el carácter de resolución, por lo que, en estos casos de propuestas de provisión, incluso siendo injustas y arbitrarias, únicamente podrá aplicarse el art. 405 CP. Así, por ejemplo, y siempre respecto de las propuestas, la omisión del procedimiento, o la desviación de poder, que podrían ser situaciones constitutivas de injusticia según reiterada jurisprudencia de la Sala Penal del Alto Tribunal, no pueden llevarse al terreno de la prevaricación administrativa del art. 404 CP. CATALÁN SENDER⁴⁹² pone un ejemplo de lo que, a su juicio, sería arbitrario: no se nombra al opositor que mejor nota ha obtenido, sino al último porque era amigo del alcalde. Por otra parte, si la propuesta o resolución que acuerde la contratación del personal laboral quedara excluida del tipo, no se cometería este delito en el caso de propuestas indebidas relativas a plazas de profesor asociado, sustituto, ayudante doctor y permanente laboral, que son las figuras de PDI laboral en la LOSU, junto a los profesores distinguidos y visitantes. Como ya hemos señalado, en nuestra opinión, el delito es aplicable a todo acceso ilegal a la participación en funciones públicas.

Las comisiones se ampararán en su discrecionalidad técnica, en su criterio profesional, y no será para nada sencillo probar la comisión

⁴⁹¹ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006.

⁴⁹² CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 105.

de este delito⁴⁹³. En palabras de ROLDÁN BARBERO, «la violación al deber de objetividad puede encubrirse bajo el ropaje de la discrecionalidad técnica, verdadera baza del poder de los especialistas»⁴⁹⁴. No obstante, pueden darse supuestos en los que la arbitrariedad resulte patente y la infracción sea más fácilmente apreciable. Así ocurriría, por ejemplo, en nuestro ámbito, cuando se propone a un candidato sin apenas méritos de investigación y/o docencia, frente a otro que cuenta con una trayectoria académica e investigadora muy consolidada. Probar el favoritismo resulta especialmente difícil, ya que quien actúa con la intención de beneficiar a un determinado candidato procurará no dejar constancia documental de ello. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que este delito no persigue simples errores y que, en ocasiones, la valoración de los méritos o la asignación de una puntuación mayor o menor a un determinado mérito puede ser discutible, si bien, en estos supuestos, la actuación de la comisión quedará respaldada por su juicio técnico. Cuando hay dudas razonables, el Derecho penal debe quedar al margen (lo que no es óbice para una respuesta a través del Derecho administrativo).

Generalmente, cuando existe un candidato favorito, la comisión —o algunos de sus miembros— no se limitará a respaldarlo en la fase de evaluación de méritos o en el momento de la votación, sino que con frecuencia habrá realizado previamente diversas maniobras orientadas a facilitar su elección, como la elaboración de criterios diseñados *ex profeso* para adecuarse de la mejor manera posible a sus méritos. De hecho, con carácter general, se ha denunciado en la doctrina que no resultan para nada infrecuentes conductas corruptas entre funcionarios, articuladas de manera estratégica y concatenada, con el fin de dar acceso ilegítimamente a una persona a la función pública⁴⁹⁵.

Finalmente, en el caso de la selección de determinado profesorado universitario que no se realiza mediante concurso, también podría darse el delito, dado que debe existir un «nombramiento». Es el caso, por ejemplo, del profesorado emérito. Dicho nombramiento

⁴⁹³ Dice CRUZ PALMERA que «la realidad criminológica actual evidencia que existe un sinnúmero de casos que permiten “revestir de legalidad” un nombramiento ilegal, “ingeniería jurídica”. La estrategia consiste en la materialización consecutiva de un cúmulo de actos que favorecen la colocación de un sujeto incompetente, pero revistiéndole de una aparente competencia para ostentar un cargo público; nuevos modos de “colocar a un sujeto”, nuevas formas de blanquear el acto espurio». «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 169.

⁴⁹⁴ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁴⁹⁵ CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 157.

corresponde realizarlo al rectorado de la universidad. Al efectuarse todo nombramiento mediante resolución, en caso de que la misma sea arbitraria, podría aplicarse el tipo del art. 404 CP, desplazando al art. 405 CP.

Debe concurrir, en cualquier caso, para que haya delito, el elemento subjetivo que, además del dolo, exige el ilícito del art. 405 CP. Esto no sucederá si, por ejemplo, la comisión resuelve engañada a causa de que un candidato falsee méritos en su currículum. Como ha explicado FABIÁN CAPARRÓS, habrá delito si un funcionario o autoridad «interviene decisiva, ilegal y deliberadamente en el proceso de designación de otro servidor público»⁴⁹⁶. Es posible que haya delito en la propuesta, pero no en el nombramiento, si aquella se rechaza a causa de su ostensible ilegalidad.

El art. 405 CP permite sancionar, en definitiva, las propuestas de nombramiento indebidas a la autoridad competente que no encajan de ninguna manera en el art. 404 CP, al no llevarse a cabo mediante una «resolución». Como se trata de momentos diferentes en el acceso al empleo público, si la persona que efectúa el nombramiento ilegal es distinta de quien lo propone ilícitamente, los proponentes, además de ser autores de un delito del art. 405 CP, podrán responder como partícipes del hecho delictivo cometido por quien nombra. Y tanto el órgano proponente como quien nombra podrán, a su vez, ser partícipes del delito realizado por la persona que da posesión al ilegítimamente nombrado. Si los actos de nombrar y dar posesión, estando ante un tipo mixto alternativo, los realiza un mismo sujeto, éste cometería un único delito de nombramiento ilegal. A mayor abundamiento, los integrantes del órgano que formula la propuesta podrían ser partícipes en un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, si el hecho principal, consistente en dictar la resolución que acuerda el nombramiento o la formalización del contrato de personal laboral, y que pone fin al procedimiento de selección, es típico y antijurídico. Todo lo anterior es aplicable en el ámbito de los concursos universitarios de selección del profesorado.

El art. 405 CP viene a colmar el vacío de punibilidad que, desde la óptica del art. 404 CP, previamente habíamos denunciado, aunque es cierto que el Alto Tribunal, en la práctica, ya lo evita, cuando considera el dolo como una forma de culpabilidad, permitiendo que quien informa o propone responda como partícipe pese a que el autor del hecho principal no sea culpable a causa de no haber dictado la reso-

⁴⁹⁶ FABIÁN CAPARRÓS, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1999.

lución «a sabiendas de su injusticia». Es decir, ignorando que su actuación es injusta. De entenderse que el dolo es un elemento del tipo o que la actuación «a sabiendas» es un elemento subjetivo del injusto, no podría exigirse responsabilidad como partícipe a quien emite un informe o formula una propuesta, ni siquiera, aunque estos fueran vinculantes, porque no existiría hecho típico y antijurídico principal, tal y como exige el principio de accesoriedad relativa que se adopta por la doctrina mayoritaria y la doctrina jurisprudencial del TS.

B. En la evaluación y calificación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales

A continuación, nos centraremos en otro tipo de conductas: la calificación de asignaturas de grado o máster —incluidos los trabajos de fin de estudios— y de tesis doctorales, ya que también en relación con estas actividades podrían adoptarse decisiones prevaricadoras.

Para determinar si concurre la tipicidad objetiva del delito de prevaricación del art. 404 CP, es necesario valorar si la calificación de una asignatura o, en su caso, de una tesis doctoral, puede revestir el carácter de resolución y si ésta se dicta en un asunto administrativo. En este último sentido, conviene recordar que asunto administrativo es aquel que está sometido al Derecho administrativo, lo que implica la tramitación formal de un procedimiento de esa naturaleza. Asimismo, la resolución tendrá que ser dictada o emitida por un funcionario público con capacidad decisoria. Sobre la consideración del profesorado de las universidades como funcionario público, nos remitimos a las consideraciones expuestas *supra*, recordando únicamente que el profesorado de universidad privada no podría ser considerado funcionario público en el ejercicio de sus funciones de calificación de asignaturas o de una tesis doctoral en su propia universidad. La existencia o ausencia de atribuciones decisorias debe verificarse, no en sentido general, sino en relación con el procedimiento administrativo concreto.

La verificación de los conocimientos del alumnado forma parte del derecho fundamental de la autonomía universitaria, consagrado por el art. 27.10 CE. El art. 3.2 LOSU, letra l), señala que la autonomía de las universidades comprende «la admisión del estudiantado, régimen de permanencia, verificación de conocimientos, competencias y habilidades, y la gestión de sus expedientes académicos».

Son las propias universidades las que deben regular en sus normativas internas (por ejemplo, un reglamento) los procedimientos de

evaluación para verificar si los estudiantes han adquirido los conocimientos y competencias necesarios para superar una asignatura. Asimismo, estas normativas deberán recoger los derechos y deberes de los distintos miembros de la comunidad universitaria involucrados en el proceso, especialmente alumnado y profesorado. Según el art. 33 f) LOSU, el estudiantado universitario tiene derecho «a una evaluación objetiva y a la publicidad de las normas que regulen los procedimientos de evaluación y verificación de los conocimientos, incluido el procedimiento de revisión de calificaciones y los mecanismos de reclamación disponibles». Por su parte, el art. 7.1 h) del RD 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, reconoce el derecho del alumnado «a una evaluación objetiva y siempre que sea posible continua, basada en una metodología activa de docencia y aprendizaje». Por cada asignatura deberá elaborarse por el profesorado o el departamento una guía docente, en la que se concretarán las actividades de evaluación y su ponderación en la calificación final, así como los procedimientos y criterios de evaluación. Asimismo, la guía incluirá, si los hubiere, los requisitos mínimos exigibles para la superación de cada actividad. La guía docente deberá contemplar el sistema de evaluación tanto para el periodo ordinario como para el extraordinario, comúnmente conocido como de «recuperación».

El proceso de evaluación más habitual en la actualidad se basa en la evaluación continua, que incluye la realización de diversas pruebas (como seminarios, realización de trabajos prácticos, presentaciones orales, etc.), aunque el examen o exámenes son, entre todas ellas, los instrumentos con mayor peso en la calificación final. Cuando no se sigue la evaluación continua, el examen es generalmente la herramienta principal para medir los conocimientos del estudiante. Si el examen constituye el único instrumento de evaluación, superarlo implicará haber superado la asignatura. El nivel de aprendizaje alcanzado por los alumnos se expresará a través de calificaciones numéricas. La calificación final, una vez realizadas las revisiones y/o reclamaciones a las que tenga derecho el alumnado según la normativa de cada universidad, deberán reflejarse en un acta, documento éste de carácter oficial, y consignarse en el expediente académico del estudiante. Normalmente la revisión de la calificación final la realiza el mismo profesor que calificó, quien cumplimentará y firmará el acta una vez completada la misma, dentro del plazo habilitado (según el calendario académico). No obstante, el alumnado podrá interponer una reclamación frente a la calificación final ante el departamento u órgano que se determine en la normativa universitaria.

Las titulaciones oficiales de grado y máster se estructuran conforme a un sistema de créditos (cfr. RD 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de Calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional). El crédito constituye «la unidad de medida del haber académico en las enseñanzas universitarias de carácter oficial» (art. 1 RD 1125/2003). Este sistema asigna un número determinado de créditos a cada una de las asignaturas o materias que integran los planes de estudio de las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales. Los créditos reflejan la cantidad de trabajo y aprendizaje requeridos a los alumnos para superar una materia. Para obtener los créditos, el estudiante deberá superar los procesos de evaluación establecidos. La superación de todos los créditos de la titulación habilita para la obtención del correspondiente título académico, con carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

La evaluación, generalmente atribuida por las universidades al profesorado responsable de la docencia en la asignatura, reúne todos los elementos necesarios para ser considerada un procedimiento administrativo, que se inicia con la matriculación del estudiante en la asignatura y concluye con la firma del acta académica. Dentro de este procedimiento se desarrollan las actividades evaluables, cuya finalidad es comprobar la adquisición de competencias y conocimientos por parte del estudiantado. Las calificaciones definitivas, previas revisiones pertinentes, se incorporarán al expediente académico del estudiante, pero la realización de esa gestión corresponde ya a los servicios administrativos de la universidad. La emisión del acta supone haber completado las revisiones de las calificaciones. A este procedimiento de calificación le son aplicables normas de derecho administrativo; a nivel estatal, fundamentalmente, las previsiones contenidas en la LOSU y en el Estatuto del Estudiante Universitario (Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre). Serán aplicables además las previsiones contenidas en las normativas internas de las distintas universidades.

No es este, desde luego, el único procedimiento administrativo que se desarrolla durante el período comprendido entre la admisión del estudiante y la obtención de la titulación, en el marco de la relación entre el estudiante, como titular de derechos y deberes, y la universidad, entendida como Administración pública. Desde la admisión del estudiante hasta la obtención del título, se suceden múltiples procedimientos administrativos, cuya resolución puede corresponder a distintos órganos dentro de la estructura universitaria; entre ellos,

cabe citar, por ejemplo, el ingreso, la matriculación, el reconocimiento de créditos o la expedición del título.

Esto último ha sido correctamente destacado por la STS 79/2017, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:438): «El acceso se resuelve tras el procedimiento al efecto. Y al mismo sigue otro, relativo a la impartición de docencia y reconocimiento por la Universidad de obtención de conocimientos adquiridos por el alumno en cada una de las materias en que la Universidad ha distribuido las enseñanzas que imparte. A los que puede acompañar otro de naturaleza disciplinaria o relativo a prestaciones de diversa índole. Y culminará con otro relativo a la expedición de títulos, en su caso acomodado a las prescripciones administrativas referidas al sistema europeo de créditos antes citado. Cada uno de esos procedimientos es resuelto por órganos diversos de la concreta estructura de la correspondiente Administración Universitaria».

El profesor responsable evalúa los conocimientos del estudiante y le otorga una nota, inicialmente provisional, que se registrará después, una vez que se haya realizado la pertinente revisión, en un acta, actualmente elaborada en formato electrónico, la cual deberá cerrar y firmar. A partir de este momento, la calificación adquiere carácter definitivo, sin perjuicio de los mecanismos extraordinarios de impugnación que pudieran proceder. El acta es un documento oficial que certifica la calificación obtenida por el alumno en la asignatura. Deberá estar firmado por todos los profesores con capacidad docente en la asignatura. La calificación final, una vez incorporada al acta, tiene la naturaleza de acto administrativo que pone fin al procedimiento de evaluación de competencias. Es un acto de fondo, definitivo, por lo tanto, y tiene eficacia ejecutiva. El acta despliega efectos jurídicos para el estudiante (superación de la asignatura, avanzar en la titulación, etc.) y también expectativas legítimas, como la posibilidad de acceder a becas, e incluso para el interés general (habilitación para ejercer una profesión), aunque esto último no es lo que importa. La calificación no adquiere carácter definitivo hasta su incorporación al acta.

La simple calificación de un examen no tiene el carácter de resolución (prevaricadora). Sólo una vez reflejada en el acta la calificación produce efectos jurídicos. En definitiva, la calificación de un examen, si esta es la única prueba de evaluación, carece de efectos jurídicos hasta que no se plasma en el acta, debidamente cumplimentada y firmada. Sólo entonces puede decirse que la calificación es definitiva. En este sentido, la SAP Granada, 168/2016, de 18 de marzo

(ECLI:ES:APGR:2016:1241), señala que «es un acto administrativo de contenido ejecutivo, desde el momento en que inmediatamente está teniendo efectos en el expediente académico de una persona». La emisión del acta es la resolución que puede alcanzar relevancia típica. Si el procedimiento no se concluye por causas ajenas a la voluntad del autor (por ejemplo, se cierra el acta, pero no se puede firmar a causa de un fallo informático), estaríamos ante una tentativa de delito. La calificación arbitraria de un examen es un acto previo impune.

En la STS 79/2017, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:438), se destacó, acertadamente a nuestro parecer, que «la decisión del personal administrativo, en general el profesor, que fija el nivel de adquisición de conocimientos, con destino al expediente del alumno, y que se refleja, al ser definitiva, en un acta, constituye pues de manera indudable un acto administrativo de resolución definitiva de un procedimiento de tal naturaleza». Añadiéndose a ello que «la regulación de tal acto y la mayor o menor amplitud de su sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativo, no puede excluir su naturaleza de acto de resolución final de un concreto procedimiento que comienza en la matriculación en la asignatura y concluye con su reflejo en el acta». Y se concluye que «la calificación que subsigue al sistema de evaluación constituye la resolución considerada como presupuesto típico del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal».

El tipo objetivo exige el dictado de una resolución por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo. A los efectos del art. 404 CP, el acta donde se refleja la calificación es una resolución con carácter decisorio, y está dictada dentro de un procedimiento administrativo, el relativo a la evaluación de las competencias del alumnado, al que pone fin⁴⁹⁷. La calificación puede llegar a ser una resolución prevaricadora según se ha considerado en las SSTs 363/1998, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:1998:3746) — aunque en el caso allí contemplado se estimó que no había existido resolución definitiva y, en consecuencia, tampoco delito de prevaricación, dado que el acusado de alterar unas calificaciones procedió a rectificar el acta— y la ya citada 79/2017 (ECLI:ES:TS:2017:438). Por lo tanto, si la resolución

⁴⁹⁷ Cfr. CORTÉS LÓPEZ, M.J., «¿Es posible aplicar el tipo penal de prevaricación administrativa a los docentes? Análisis de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2017». En <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11844-iquest/> [última consulta: 27.07.2025]; NIE-TO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 342.

calificadora es arbitraria, quien la dicta puede cometer un delito de prevaricación administrativa⁴⁹⁸.

Por supuesto, la resolución debe emanar de un órgano con facultades decisorias, que, por lo general, será el profesor con capacidad docente, si bien esta atribución dependerá de la normativa universitaria aplicable.

De gran interés resulta el caso al que se refiere la STS 79/2017. Una estudiante de pedagogía de la universidad de Granada expuso a una funcionaria, jefa de sección y adjunta a la administradora de la Facultad de Ciencias de la Educación de la citada institución, su imposibilidad de asistir a clases y exámenes por motivos laborales, solicitándole su ayuda para aprobar alguna asignatura con el fin de poder acogerse al derecho de compensación previsto en la normativa universitaria. La funcionaria, accediendo a la petición de la alumna, gestionó con un profesor titular del Departamento de Didáctica y Orientación Escolar, con quien mantenía una buena relación, y al que convenció para ello, la aprobación de una asignatura que éste impartía (Orientación Escolar y Tutoría), sin que aquella estuviera matriculada, hubiera asistido a clase hasta el momento (pues no estaba, como se acaba de decir, matriculada) ni realizara prueba de evaluación alguna. Una vez asegurado el aprobado, la funcionaria formalizó irregularmente la matrícula de la estudiante en la asignatura, fuera de plazo y sin que ni siquiera constara previa solicitud de matriculación ni resolución de admisión. El profesor, finalmente, le otorgó a la alumna la calificación de sobresaliente en la convocatoria ordinaria del cuatrimestre, firmando el acta correspondiente. La alumna no reunía mérito alguno para ello, pese a lo cual el profesor le aprobó; no realizó trabajos ni tareas, no asistió a clase desde la matriculación extemporánea y no se sometió a ningún examen. El profesor, que ni siquiera le conocía personalmente, accedió a aprobarle únicamente porque se lo había pedido la funcionaria. Así, pese a que el profesor no tenía constancia sobre el nivel de conocimiento de la alumna, no sólo le aprobó, sino que le calificó con sobresaliente. Gracias a este aprobado, la estudiante pudo aprobar por compensación dos asignaturas troncales que tenía pendientes y obtener el título de licenciada en pedagogía.

El profesor fue condenado en la instancia (SAP Granada 168/2016, de 18 de marzo — ECLI:ES:APGR:2016:1241) como autor de un delito de prevaricación administrativa a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, recayendo la misma

⁴⁹⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370.

sobre su empleo de profesor titular en la universidad de Granada. El TS desestimó su recurso de casación. Se consideró que concurrían los elementos objetivos del tipo: resolución arbitraria —la calificación caprichosa— y asunto administrativo —el procedimiento de calificación—. Además, está presente el grado de contradicción de la resolución con el ordenamiento jurídico que permite hablar de injusticia, más allá de la mera ilegalidad. En su recurso de casación, el profesor había alegado que «la nota de un examen no reviste el carácter de resolución de carácter decisorio dictada en asunto administrativo», por lo que, según su argumento, no concurría el elemento objetivo del tipo «resolución». Para el TS, en cambio, como ya hemos visto, la calificación definitiva es un acto administrativo «de resolución definitiva». La sentencia de instancia había estimado que la calificación «es un acto administrativo de contenido ejecutivo, desde el momento en que inmediatamente está teniendo efectos en el expediente académico de una persona». El profesor ostenta la calificación de funcionario público en sentido penal, aunque esta cuestión no fue expresamente abordada ni por la Audiencia ni por el TS en sus respectivas sentencias. El Alto Tribunal descarta, por otra parte, que este tipo de actuaciones estén amparadas por la libertad de cátedra⁴⁹⁹, precisando que «ésta nunca constituye, o al menos no debe constituir, una carta en blanco para expedir la acreditación de suficiencia de conocimientos de modo libérrimo y, menos, exento de control que excluya la arbitrariedad». En la sentencia de instancia se dijo también que «lo que es discrecionalidad, no puede convertirse en arbitrariedad».

Frente a la alegada insignificancia de la lesión de la norma jurídica sostenida por la funcionaria en su recurso de casación, el TS considera que la misma es «flagrantemente ignorante de la trascendencia que tiene dejar al puro arbitrio de un profesor funcionario establecer que personas deben ser aceptadas por la sociedad para el ejercicio de una profesión de estudios reglados». En la sentencia de instancia, se aprecia que aprobar a la alumna en las condiciones descritas, y además con la calificación de sobresaliente, «supone una grave injusticia, no solo para el resto de los alumnos que si se han sometido al examen o participado en las actividades académicas, sino también acto muy grave para con la sociedad, pues se está contribuyendo a suponer una capacitación que no existe o no es de la cualificación que acredita:

⁴⁹⁹ La libertad de cátedra es un derecho fundamental *ex art.* 20.1 c) CE. Vid. MATIA PORTILLA, F.J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», *Revista de Derecho político*, n.º 118, septiembre-diciembre 2023, pp. 49-77. Pero, por supuesto, a nuestro juicio, la libertad de cátedra no puede cubrir en modo alguno actuaciones caprichosas, injustificadas, del docente.

“sobresaliente”, para la obtención de un título académico, que es el que va a habilitar para el desempeño de una actividad profesional, tutela de la sociedad (y de la propia profesión), que el Estado realiza tipificando también otras conductas como la del intrusismo».

En cuanto a la tipicidad subjetiva, la Sala del Alto Tribunal apreció en el profesor la «consciencia de que la calificación era absolutamente arbitraria y la decidida voluntad de quebrar la confianza puesta en el acusado por el sistema académico con una decisión que se quiere favorezca a quien no ha mostrado la competencia y aprovechamiento exigible».

La funcionaria fue condenada como cooperadora necesaria a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, sanción que recayó sobre su empleo de jefa de sección y adjunta a la administración. Recordemos que se puso en contacto con un profesor amigo, logrando convencerlo para que aprobara a la alumna. Pero su actuación no se limitó a eso, sino que, además, una vez que sabía que se le iba a aprobar, procedió a formalizar la matrícula de la alumna en la asignatura impartida por dicho profesor fuera del plazo habilitado y sin que ni siquiera mediara solicitud previa de la estudiante. La Sala destaca que la funcionaria «logró convencer [al profesor] para que accediera a la mendaz proclamación de suficiencia de conocimientos que son de ignorada posesión por la alumna». Se considera que, sin su conducta, el hecho punible principal no habría podido tener lugar, y en verdad así es: «el mismo solamente pudo acontecer porque la recurrente gestionó la actuación del profesor prevaricador y la hizo posible en la medida que gestionó la matriculación, incluso fuera de plazo hábil. De tal suerte que su cooperación (...) era causalmente imprescindible y fue inequívocamente buscada más que meramente consentida».

La funcionaria no puede ser autora del delito de prevaricación, por dos razones: en primer lugar, porque no fue ella quien dictó la resolución; y segundo, porque, aun en el supuesto de haberlo hecho, no concurrían en su persona las condiciones específicas que, en cuanto al sujeto activo, requiere el delito de prevaricación administrativa (esto es, ser funcionario con capacidad decisoria). Sólo a esto último, sin embargo, se refiere la Sala en su sentencia: «no es ciertamente autora materialmente de un delito que requiere condiciones específicas en el sujeto activo de las que carecía la recurrente». Funcionario con capacidad decisoria es aquel a quien la normativa atribuya la competencia para calificar, normalmente, como hemos dicho, el profesorado encargado de la docencia. En general, el órgano decisorio

podría tener facultades resolutorias propias o por vía de delegación de un superior.

En relación con las calificaciones, resulta problemático determinar si la resolución arbitraria alcanza el nivel de contrariedad objetiva a derecho requerido para que exista delito de prevaricación. Según la interpretación mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, que compartimos, para que haya injusticia, debe alcanzarse un grado de ilegalidad grave y evidente para cualquiera, es decir, para el ciudadano medio. En palabras, por ejemplo, de la STS 773/2014, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4627), «la prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico-jurídico aceptable». Asimismo, según reiterada jurisprudencia, «esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable» (STS 331/2003, de 5 de marzo — ECLI:ES:TS:2003:1515).

En el ejemplo que pone ORTIZ DE URBINA GIMENO⁵⁰⁰, prevaricaría el profesor de Derecho penal que pone nota a un examen de Derecho mercantil. A nuestro juicio, si la falta de competencia fuera absoluta o radical, no debería haber delito de prevaricación, sino que debería valorarse si concurre algún otro tipo delictivo.

No parece que la oposición a la legalidad tenga la entidad suficiente cuando el profesor califica con «no presentado» en lugar de con el suspenso que merecía el alumno, si lo hace además con la intención de no perjudicarlo (AAP Almería 531/2022, de 20 de septiembre - ECLI:ES:APAL:2022:1380A). De otra forma, sin embargo, en la SAP

⁵⁰⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 373.

Málaga 118/2019, de 29 de marzo (ECLI:ES:APMA:2019:3126)⁵⁰¹, acogiendo alguno de los razonamientos de la STS 79/2017, aunque no se acusaba al imputado por prevaricación, docente que «alteró el acta de calificación consignado el “no presentado” cuando hubo de anotar “suspenseo”», sí que se considera la ilegalidad de suficiente gravedad. Así: «la pretendida nimiedad de la lesión a la norma jurídica es inaceptable. Es cierto que la alumna Sra. Constanza no se benefició de un innmercido aprobado final de la asignatura cuando había suspendido el examen, a consecuencia de tal manipulación. Pero también lo es la incuestionable trascendencia que tiene dejar al puro arbitrio de un profesor funcionario decidir, al margen de la normativa establecida, con la alteración efectiva del acta de calificación haciendo constar a esa alumna como no presentada en vez de suspensa, y, además, en términos que, en principio, lo hacían adecuado para obtener el fin perseguido, pues, ya con esas condiciones de falta de autenticidad, no dándose por agotada esa convocatoria, incluso permitiéndole aprobarla sin mas con la realización de un simple trabajo, produjo determinados efectos en el trámite académico decidiendo arbitrariamente que personas deben ser aceptadas por la sociedad para el ejercicio de una profesión de estudios reglados. Y en este caso el acusado Sr. Maximiliano no cumplió con ese cometido, plasmando su reprochable actuación de favor hacia una alumna simplemente por ser amiga del acusado Sr. Pio, con discriminación del resto del alumnado que pudiera encontrarse en una situación similar y que finalmente colman sus aspiraciones académicas obteniendo el título dentro de cauce legalmente establecido con su esfuerzo y dedicación, aunque simplemente lo fuera por el quebranto del derecho que a todos corresponde por igual, en este caso, a la utilización en un año académico de la convocatoria extraordinaria o la convocatoria extraordinaria por finalización de estudios o a la solicitud de aplicación del proceso de evaluación extraordinaria que les concierne».

Es posible, según venimos diciendo, que la calificación plasmada en el acta, en tanto que resolución de carácter decisorio y dictada por un funcionario público en asunto administrativo, sea prevaricadora. Para ello, habrá que determinar si la resolución es injusta y arbitraria, así como si concurre el dolo y el elemento subjetivo del injusto «a sabiendas de su injusticia». Para que una decisión que proclama la suficiencia de conocimientos sea arbitraria, deberá carecer de cualquier justificación técnica o pedagógica, no siendo objetivamente explicable. En definitiva, la calificación no tendrá que ser reflejo de los resultados obtenidos por el alumno en las pruebas de evaluación, sino

⁵⁰¹ Confirmada por la STS 427/2021, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2086).

expresión del puro capricho del profesor, pese a que los educandos tienen derecho a una evaluación objetiva (art. 7.1 h RD 1791/2010, de 30 de diciembre).

Habrà que valorar, en cada caso, si la resolución alcanza un nivel de contradicción tan evidente con el derecho que permita hablar de resolución injusta. Para que haya injusticia, la ilegalidad debe ser flagrante y obscena. En ocasiones, esto puede ser bastante evidente, por ejemplo: aprobar sin realizar un examen, consignar en el acta un notable o sobresaliente a un alumno que no alcanza el nivel exigido para aprobar, o suspender sin motivo a un alumno cuyo examen final, siendo esta la única prueba de evaluación, había sido calificado con sobresaliente⁵⁰². Sin embargo, en muchos casos surgirán serias dudas, como cuando a quien merece un notable se le califica con un mero aprobado, o, más controvertido aún, si se aprueba a alguien que supera el examen, pero no ha asistido a clase siendo la asistencia condición obligatoria para superar la asignatura. La injusticia puede darse por razones de fondo o de forma (por ejemplo, calificar sin seguir procedimiento alguno para verificar si el alumno posee las competencias necesarias).

En ocasiones, este tipo de conductas se realizarán a modo de favor hacia un alumno u otras personas (otros profesores, familiares, funcionarios del centro, etc.), aunque también pueden obedecer al ánimo de perjudicar a un alumno o realizarse por represalias, venganza o animadversión, o por motivos discriminatorios, si bien en realidad la motivación del prevaricador es irrelevante, aunque ayudará a concretar si existe arbitrariedad.

Serán responsables del delito todos aquellos sujetos que dicten la resolución concurriendo los requisitos de tipicidad objetiva y subjetiva. Si uno de los profesores es quien hace constar la calificación injusta y arbitraria en el acta y los demás se limitan, sin tener conocimiento de ello, a firmarla, la conducta de los últimos no será punible. Por otra parte, la alteración de calificaciones ya consignadas en las actas no tiene encaje típico en la prevaricación, sino en el delito de falsedad documental (art. 390 y ss. CP).

Los errores al traspasar las calificaciones no dan lugar al delito de prevaricación. Tampoco la calificación errónea de un examen, por ejemplo, cuando el profesor interpreta mal alguna respuesta o no comprende adecuadamente la argumentación del alumno. Prevaricar

⁵⁰² ORTIZ DE URBINA GIMENO pone el siguiente ejemplo: profesor de derecho penal que suspende a un alumno, siendo consciente de que su examen es merecedor de un notable. «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370.

no es equivocarse, pero tampoco ser estricto en las correcciones ni, por el contrario, demasiado flexible o indulgente. Mientras la calificación sea defendible desde un punto de vista técnico o pedagógico, no existirá decisión prevaricadora.

Como antes se ha dicho, las normativas universitarias regulan la posibilidad de asistir a la revisión del examen. La revisión consiste en que el alumno visualice el ejercicio realizado y reciba del profesorado que calificó la prueba las explicaciones pertinentes acerca de la calificación asignada. Si el alumno no está de acuerdo, podrá presentar una reclamación, generalmente, primero ante el departamento y, en su caso, posteriormente ante el centro. Pues bien, también los miembros de las comisiones de reclamación podrían prevaricar si dictan una resolución arbitraria, mediante la que modifican caprichosamente, sin justificación alguna para ello, la calificación otorgada inicialmente por el profesor⁵⁰³. Cabe destacar que el procedimiento de reclamación es un procedimiento administrativo distinto del proceso de calificación.

En el caso de tribunales de evaluación que han de juzgar trabajos de fin de grado o de máster o tesis doctorales también será posible incurrir en un delito de prevaricación. El caso más fácilmente imaginable es aquel en el que los tribunales otorgan una calificación totalmente inmotivada que el alumno, debido a la calidad de su trabajo, no merece, o también si se concede la calificación de aprobado (u otra superior) sin que el alumno haya realizado el trabajo o, habiéndolo realizado, sin haberlo defendido públicamente. La injusticia puede derivar, nuevamente, de razones de fondo o de forma. En estos casos, como los tribunales son órganos colegiados, podrán responder de un delito de prevaricación todos o varios de sus miembros, y lo harán según el sentido de su contribución al acuerdo. Los trabajos de fin de grado o máster se califican de la misma manera que cualquier otra asignatura, pero la particularidad es que esa calificación deriva del acuerdo del tribunal evaluador. La resolución es el acta de evaluación del trabajo.

En lo que respecta a las tesis doctorales, en realidad no hay mucho más que añadir. Algunos actos prevaricadores podrían ser, v. gr., los siguientes: suspender a un doctorando sin justificación o aprobar una tesis que no cumple los requisitos mínimos, o calificar con sobresaliente *cum laude* (máxima calificación posible) una tesis que no merecía más nota que el aprobado. Y debe recordarse que podría formar parte de un tribunal en una universidad pública el profesorado

⁵⁰³ En general, cfr. MATIA PORTILLA, F.J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 73 y ss.

de universidad privada, adquiriendo en lo que afecta a este procedimiento, si está debidamente designado por la autoridad universitaria competente para formar parte del tribunal, el carácter de funcionario público. El acta correspondiente a la evaluación de la tesis tiene el carácter de resolución decisoria y se dicta en un asunto administrativo (el relativo a la calificación).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, Dykinson, Madrid, 2019.
- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Introducción a los delitos contra la Administración Pública», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 33, 2014.
- ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10, 2023.
- ANDRÉS LLAMAS, M.A., «Profesorado asociado y sustituto. Novedades e inconsistencias de la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J.; DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024.
- ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», *Diario La Ley*, n.º 7894, 4 de julio de 2012.

- AYMERICH CANO, C., «Selección y promoción del profesorado de las universidades públicas», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de “resolución” del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 240, segundo trimestre de 2025.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., «Creación de universidades públicas, reconocimiento de universidades privadas y adscripción de centros universitarios», en HORGUÉ BAENA, C., *La nueva ordenación de las universidades. Estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- CADENA SERRANO, F.A., «Delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9310, 2018.
- CADENA SERRANO, F.A., «Ampliación de la interpretación del concepto de “resolución” en el delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9468, 2019.
- CANTERO CERQUELLA, C.J., *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Reus, Madrid, 2010.
- CARDENAL MONTRAVETA, S.; ROGÉ SUCH, G., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404-406)», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo 1, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CARLÓN RUIZ, M., «La autonomía universitaria en el cumplimiento de las funciones de las universidades en el marco de la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- CASAS HERVILLA, J., «La esencia de lo injusto penal propia del delito de prevaricación administrativa: delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo», *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 54, 2019.
- CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, Reus, Madrid, 2020.

- CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», *Revista española de derecho militar*, n.º 116, julio-diciembre, 2021.
- CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», *Diario La Ley*, n.º 8753, 3 de mayo de 2016.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Recusación y abstención de funcionarios públicos en procesos selectivos de acceso a la Función Pública», *Actualidad administrativa*, n.º 3, 2016.
- CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CORTÉS LÓPEZ, M.J., «¿Es posible aplicar el tipo penal de prevaricación administrativa a los docentes? Análisis de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2017».
- CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», *Cuadernos de política criminal*, n.º 143, septiembre 2024.
- CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», *Diario La Ley*, 1993.
- DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Los abusos de poder: entre la causa invalidante administrativa y el delito de prevaricación», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 17, 2005.
- DELGADO SANCHO, C.D., *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, Colex, Madrid, 2019.

- ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.), *Tratado de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- FEJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Diario La Ley*, 1997.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2017.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Prevaricación», en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (dir.), *Parte especial del Derecho penal a través del sistema de casos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.; RAMÍREZ BARBOSA, P.A., «Autoría y participación», en FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NÚÑEZ PAZ, M.A.; RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020.
- GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997.
- GARCÍA ARÁN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», en ORTIZ BLASCO, J.; MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona, Barcelona, 2010.

- GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- GISBERT CASASEMPERE, R., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 104, julio-diciembre 2015.
- GÓMEZ GIL, A., «Estafa y prevaricación en la enseñanza universitaria», *Cuadernos republicanos*, n.º 35, 1998.
- GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», *Diario La Ley*, n.º 10368, 2023.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 10, 2002.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MATALLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (coord.), *Temas actuales de Derecho penal*, Perú, 2004.

- GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, 6.^a ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, Universidad Católica de Murcia, Murcia, 2021.
- HAVA GARCÍA, E., «Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- PAZ RUBIO, J.M.; COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», en CÓNDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, R.; BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», *Diario La Ley*, 2001.
- IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- JALVO MARINA, M.B., «El profesorado de los cuerpos docentes universitarios y el personal docente e investigador laboral en la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J.; DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024.
- JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, n.º 20, 2018.
- JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 23, enero 2011.
- JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 154; el mismo, «El delito de desobediencia del funcionario», *RGDP*, n.º 21, 2014.
- JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», *Diario La Ley*, 1998.

- LANDECHO VELASCO, C.M.; MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Desviación de poder y prevaricación administrativa», *Documentación Administrativa. Nueva época*, n.º 5, enero-diciembre 2018.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», *La Ley Penal*, n.º 164, 2023.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016 (versión digital; La Ley 3323/2016).
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., «Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente», *Diario La Ley*, n.º 7173, 2009.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», *ADPCP*, Tomo 44, Fasc/Mes 2, 1991.
- MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», *RGDC*, n.º 37, 2022.
- MATIA PORTILLA, F.J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», *Revista de Derecho político*, n.º 118, septiembre-diciembre 2023.
- MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024.

- MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», en SERANO TÁRRAGA, M.D., *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», en LAMARCA PÉREZ, C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2004.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, n.º 96, 2005.
- MIR PUIG, C., «Artículo 404», en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MIR PUIG, C., «Artículo 405», en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996.
- MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», *Actualidad administrativa*, n.º 5, 2008.
- MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones acerca del delito de prevaricación. Desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista», *REDS*, n.º 9, julio-diciembre, 2016.

- MUÑOZ CLARES, J., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», *RGDP*, n.º 20, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.^a ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.
- NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», en VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2023.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», *Diario La Ley*, 1996.
- OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», *La Ley Penal*, n.º 175, julio-agosto 2025.
- ORTEGA MATESANZ, A., «¿Puede prevaricar un profesor de universidad? Una primera aproximación al tema», *Diario La Ley*, n.º 10798, 2 de octubre de 2025.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Atelier, Barcelona, 2019.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.; FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ORTS BERENGUER, E., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404 y 405)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., «Prevaricación (delitos de)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1, 2011.
- PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.^a ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024.
- PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 405», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.^a ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024.
- POLAINO NAVARRETE, M., *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, Argentina, 2000.
- POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», en POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011.
- PORTERO GARCÍA, L., «El delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 27, 1985.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUESADA SARMIENTO, M.J., «Comentario a la STS de 25 de enero de 2023, sobre delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, n.º 10236, 2023.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La prevaricación y el abuso de poder», *Cuadernos de política criminal*, n.º 132, diciembre 2020.

- RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- REBOLLO VARGAS, R.; CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reinterpretación de la prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9692, 2020.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luz y sombras de las SSTC sobre los ERE andaluces», *Diario La Ley*, n.º 10597, 2024.
- ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, 1993.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 358», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 382», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ PARRA, F.J., «El delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal: exigencias jurisprudenciales», *RGDP*, n.º 7, 2007.

- SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», en MUÑOZ CUESTA, J.; FUERTES LÓPEZ, F.J.; LERENA LÓPEZ, J. (coords.), *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Cosital, Madrid, 2015.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Autonomía y organización de las universidades públicas y privadas (estudio crítico de las premisas y prejuicios de una regulación mejorable)*, Atelier, Barcelona, 2025.
- SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», en RODRÍGUEZ-ARANA, J.; SARMIENTO ACOSTA, M.J.; SENDÍN GARCÍA, M.A. (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario*, Colex, A Coruña, 2025.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», *Diario La Ley*, n.º 9910, 2021.
- SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», *Diario La Ley*, n.º 10578, 2024.
- SERRANO GÓMEZ, A., *40 años devaluando la selección del profesorado universitario y sin expectativas de cambio*, Dykinson, Madrid, 2024.
- SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2006.
- SERRANO TÁRRAGA, M.D., «Delitos contra la Administración pública, 1», en LACRUZ LÓPEZ, J.M.; MELENDO PARDOS, M. (coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.
- SOSA WAGNER, F.; FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., «Delitos contra la Administración pública», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. II. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2003.

- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de política criminal*, n.º 62, 1997.
- VALVERDE ASECIO, A.J., «El personal docente e investigador laboral», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», en ASUA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- VIVES ANTÓN, T.S., «Detenciones ilegales», en VIVES ANTÓN, T.S./GIMENO SENDRA, J.V., *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DEL GENOMA HUMANO ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE PROTECTION OF THE
HUMAN GENOME IN THE FACE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

JOSÉ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ¹

Investigador predoctoral. Universidad de Salamanca

Sumario: *I. Introducción. II. Excursus sobre la importancia de proteger la genómica humana frente al algoritmo. III. La identidad genética como primer límite a la inteligencia artificial. IV. El derecho genómico inteligente y el segundo límite: la dignidad humana colectiva. V. El patrimonio genético de la humanidad como tercer límite a la diversidad genética planteada por la IA. VI. Genoma y privacidad: análisis jurisprudencial e integración de los marcos normativos duro y blando para la regulación de decisiones automatizadas. VII. Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: La investigación tiene como objetivo establecer una estructura única, comenzando con el análisis de las repercusiones de los avances tecnológicos y científicos en la genómica humana y el bioderecho, poniendo en valor la protección del patrimonio genético de la humanidad frente al algoritmo y analizando las carencias del actual marco normativo aplicable a nivel nacional, comunitario e internacional, que se reconoce como diverso y multidimensional. En segundo lugar, pretende definir el alcance del derecho autónomo a la identidad genética, como el primer límite al algoritmo, dado que este derecho implica la protección individual frente a la manipulación o

¹ Investigador predoctoral y docente colaborador en la Universidad de Salamanca. Código orcid orcid.org/0009-0001-6755-4329.

explotación de datos genéticos sin consentimiento explícito, garantizando así la autonomía personal y la integridad genética frente a la programación y decisiones automatizadas.

En tercer lugar, pretende reevaluar la dignidad dentro del contexto genómico como principio fundamental y segundo límite en el discurso bioético y científico, incorporando la necesidad de reconocer el valor intrínseco de la persona más allá de su composición genética. Finalmente, aborda la consolidación de un patrimonio genético autónomo de la humanidad, con el objetivo de establecer un derecho de solidaridad que sirva como tercer límite al algoritmo.

Finalmente, se analizarán la integración de jurisprudencia europea y los marcos normativos duro y blando, a fin de proporcionar límites eficaces al uso automatizado de datos genéticos, equilibrando derecho, ética y garantías fundamentales en IA.

Palabras clave: algoritmo, inteligencia artificial, derechos fundamentales, genoma humano.

Abstract: the research aims to establish an innovative structure, starting with the analysis of the impact of technological and scientific advances on human genomics and biolaw, placing value on the protection of the genetic heritage of humanity against the algorithm and analyzing the shortcomings of the current regulatory framework applicable at national, community and international level, which is recognized as diverse and multidimensional. Secondly, it aims to define the scope of the autonomous right to genetic identity, as the first limit to the algorithm, given that this right implies individual protection against the manipulation or exploitation of genetic data without explicit consent, thus guaranteeing personal autonomy and genetic integrity against automated programming and decisions.

Thirdly, it aims to reassess dignity within the genomic context as a fundamental principle and second limit in the bioethical and scientific discourse, incorporating the need to recognize the intrinsic value of the person beyond his or her genetic composition. Finally, it addresses the consolidation of an autonomous genetic heritage of humanity, with the aim of establishing a right of solidarity that serves as a third limit to the algorithm.

Finally, the integration of European case law and the hard and soft regulatory frameworks will be analyzed in order to provide effective limits to the automated use of genetic data, balancing law, ethics, and fundamental guarantees in AI.

Key words: algorithm, artificial intelligence, fundamental rights, human genome.

I. INTRODUCCIÓN

Efímeros vestigios subsisten hoy en día de aquella revolución humanista del Renacimiento que brotaría allá por el siglo XV en Italia de la mano de precursores como Dante Alighieri, Francesco Petrarca o Giovanni Boccaccio, generando un punto de inflexión en la inteligencia y razón colectivas, reconsiderando el antropocentrismo y abandonando la realidad pesimista medieval por una *nobilitare* platónica; y de la Revolución Industrial de mediados del siglo XVIII, que marcaría un cambio sin precedentes en la economía y la sociedad, al punto de que la mecanización de la producción reemplazaría el trabajo manual y los métodos artesanales tradicionales, las pequeñas aldeas rurales darían paso a bulliciosas ciudades industriales y el coste humano se reflejaría en largas jornadas laborales en condiciones peligrosas y agotadoras.

En plena *nobilitare* tecnológica la sociedad contemporánea ha apostado indudablemente por la digitalización de todos los aspectos de la vida cotidiana y la integración de tecnologías avanzadas como la inteligencia artificial (IA), la *blockchain*, la robótica, la *big data* o el *metaverso*. Con un pretexto no tanto antropocentrista sino humanista, se pone la tecnología al servicio del bienestar humano, a fin de mejorar la calidad de vida, promover la igualdad o fortalecer los valores sociales, éticos y medioambientales. Entonces, la emergencia pasa por una respuesta perentoria a las necesidades sociales y éticas del ciudadano –entendido dentro de comunidad–, y motivada por el reciente recuerdo de las dos Guerras Mundiales –acabando esta última con los impropios bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki–, el inminente cambio climático, el agotamiento y la escasa eficiencia en el uso de nuestros recursos naturales, los nuevos desafíos geopolíticos, la dependencia excesiva de la tecnología, la manipulación de la información por los grupos de poder o la insuficiente privacidad e intimidad de nuestros datos personales en la ‘jungla’ de internet.

Primero, porque la tecnología tambalea los principios de identidad y genómica humana, y no solo porque los datos biométricos hayan sido objeto habitual de recogida y tratamiento para fines comerciales sin contar con las debidas garantías (como, por ejemplo, en el escaneo del iris para crear identificaciones digitales por parte de *Worldcoin* a cambio de criptomonedas, dando lugar a la implementación de unas

tardías medidas cautelares por parte de nuestra Agencia Española de Protección de Datos², confirmadas posteriormente por la Audiencia Nacional³), sino porque ahí está la apuesta por terapias no maduras, como la predicción de enfermedades de componente genético (*DeepMind* o *AlphaMissense*), la generación de secuencias de ADN sintéticas mediante el entrenamiento de modelos, la identificación de variantes y patrones genéticos, el diseño y edición genómica o la simulación de redes regulatorias de genes. Y, segundo, porque implementaciones técnicas como *big data* o *blockchain* permiten el análisis de grandes conjuntos de datos y perfiles genéticos, a fin de identificar patrones, predecir variantes o mutaciones genéticas o diseñar herramientas de edición genómica, que tengan por objeto la predicción de los efectos de las diferentes ediciones genómicas en la función de los genes y de las características fenotípicas del ser. Una correcta gestión y regulación de estas tecnologías será crucial para maximizar sus beneficios y minimizar los riesgos asociados, éticos y jurídicos.

Por todo ello, esta investigación persigue una estructura única, primero, analizando las implicaciones de la evolución tecnológico-científica en la genómica humana y el bioderecho, tratando de sentar el marco normativo nacional, comunitario e internacional aplicable que, ya adelantamos, resulta dispar y transversal; segundo, de concretar la extensión y alcance del derecho autónomo a la identidad genética como primer límite al algoritmo; tercero, de reconsiderar la dignidad en la materia genómica como *prius* y segundo límite en el discurso bioético y de investigación científica; y, cuarto, de abordar la consolidación de un autónomo patrimonio genético de la humanidad como rasgo diferenciador de un nuevo derecho de solidaridad y tercer límite del algoritmo.

II. EXCURSUS SOBRE LA IMPORTANCIA DE PROTEGER LA GENÓMICA HUMANA FRENTE AL ALGORITMO

La materia de la genómica humana alcanza todo su esplendor a inicios del milenio con la secuenciación completa del ADN humano

² Sitio web: <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-agencia-ordena-medida-cautelar-que-impide-a-worldcoin-seguir-tratando-datos-personales-en-espana> [Fecha de consulta: 31/10/2025].

³ Sitio web: <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-audiencia-nacional-valida-la-cautelar-de-la-aepd-sobre-worldcoin-y-aclara-que-esta-podra-pedir-indemnizacion-si-se-demuestra-que-cumple-el-rgpd/> [Fecha de consulta: 31/10/2025].

resultante del Proyecto de Genoma Humano⁴, lo que da lugar a la realidad técnica del mapeo y total entendimiento de los genes del ser humano, a la identificación de mutaciones genéticas responsables de enfermedades y circunstancias disfuncionales, a la mejora de diagnósticos y terapias genéticas o a la adaptación de la práctica clínica cotidiana a las características genéticas individuales de cada paciente. Si bien este excepcional hito para la biología y la medicina trae consigo un recurso invaluable, es en la misma intensidad desafiante, por culpa, entre otras, de una incontrolada aceleración en el ritmo de la investigación biomédica, de la inexistencia de una infraestructura adecuada que aprovechara al máximo los beneficios de la evolución genómica y de la inconcreción regulatoria del nuevo fenómeno científico.

Y ello se plasma en forma de dispersión normativa, pues la urgencia por establecer directrices claras y coherentes genera una falta de armonía político-legislativa, situación que tampoco se ha resuelto con la aprobación del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial publicado en 2024 y con efectos parciales prácticos desde febrero de 2025 ni el recién presentado Anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial para su discusión parlamentaria. Realizar un recorrido normativo nos permite situarnos en el contexto jurídico actual y comprender los desafíos que enfrenta la regulación de la genómica humana en la era de la inteligencia artificial.

En primer lugar, porque cabe destacarse que, durante la década de los 80, la materia genómica no ha sido objeto de un específico interés protector legislativo ni jurisprudencial; si bien el cambio de década comienza a traer las primeras propuestas internas de regulación del proceso de investigación y enjuiciamiento penal, en parte por la urgencia advertida por el Consejo de Europa en su Recomendación R(92) 1, de 10 de febrero de 1992, sobre el uso del análisis del ácido desoxirribonucleico, dentro de la estructura del Derecho Penal. En ella, la muestra de personas vivas para el análisis del ADN con fines médicos se limita a los fines de investigación previamente determinados (apart. 3), y solo para aquellas circunstancias determinadas por la legislación nacional (apart. 4) y de acuerdo con el Convenio STE núm. 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y con la Recomendación R(87) 15, de 17 de septiembre de 1987,

⁴ MORENO LUCE, M.S., “El Proyecto Genoma Humano”, en *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, N.º. 13, 2006, págs. 266 y 267.

dirigida a regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía (apart. 7).

Y, en segundo lugar, porque ese cambio de mentalidad continúa con los intentos de una regulación interna, como, por ejemplo, tras la presentación el 21 de febrero de 1995 de la Proposición de Ley sobre el uso y práctica de prueba del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro de la estructura del sistema del Derecho penal y en la investigación de la paternidad⁵, o el 5 de mayo de 1998 de la Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno a que introduzca en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre el uso del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN), dentro de la estructura del Derecho Penal y en la investigación de la paternidad⁶. Sin embargo, los primeros pasos reales llegan tras la publicación de la Orden Ministerial de 26 de julio de 1994, que habilita la constitución de ficheros de ADN de la Policía Nacional, y de la Orden de 18 de marzo de 1998, que amplía y regula el fichero automatizado de identificación genética (ADN) de cadáveres/desaparecidos de la Dirección General de la Guardia Civil⁷.

Aun así, estamos muy lejos de una regulación armonizada y compacta que dé respuesta directa a la velocidad vertiginosa a la que avanzaba la tecnología genómica; cuestión que termina por resolverse con la ratificación del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (más conocido como Tratado de Prüm).

Sumado a ello, la legislación internacional sectorial en materia genómica peca paralelamente de ambigüedad e inconcreción, pues, mientras que el artículo 1 de la Recomendación núm. R 5 (97), de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre protección de datos médicos, recoge una definición muy sucinta de dato genético; la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada el 11 de noviembre de 1997, se detiene de forma muy somera en las condiciones de confidencialidad de los datos genéticos (artículo 7); el artículo 2 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, adoptada por UNESCO en reunión de 16 de febrero de 2003,

⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 3 de marzo de 1995, núm. 112-1, págs. 1-3.

⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, 19 mayo 1998, núm. 282, pág. 4.

⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Los datos genéticos en el Tratado de Prüm", en *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 7, 2007, pág. 143.

trata la cuestión de una manera totalmente vaga; y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos hecha el 19 de octubre de 2005, ataja la cuestión en un exceso interpretativo de las prácticas transaccionales (artículo 21), y no tanto de la dignidad humana (artículo 3) o la autonomía individual (artículo 5).

Por su parte, ni la normativa nacional en materia de protección de datos (primero, con la LORTAD⁸ de 1992 y, después, con la LOPD⁹ de 1999), ni la comunitaria –de la que cabe destacarse la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995–, ni los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC núm. 290/2000, de 30 de noviembre, núm. 292/2000, de 30 de noviembre, y núm. 219/2001, de 31 de octubre), aborda la cuestión del genoma humano de una manera íntegra. Hay que esperar hasta la oportunidad que nos brinda nuestro derecho comunitario en materia de confidencialidad, privacidad y protección de datos, con el establecimiento de un marco realmente protector, dinámico y flexible incardinado a través del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), que motiva la publicación, posterior, de la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales (también, LOPDGDD).

Por la suya, en materia de ensayos clínicos e investigación biomédica genómica, merecen ser destacados el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (también, Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que permite la investigación clínica en un entorno controlado y supervisado, garantizándose no solo la protección y los derechos de las personas, sino los principios básicos del bioderecho y la bioética; o el Reglamento (UE) 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, que sienta las bases de armonización y simplificación de los procedimientos para la realización de ensayos clínicos en la Unión Europea, promoviendo así la eficiencia y la seguridad en la investigación genética. Sin embargo, esta última normativa se enfrenta a la complejidad de la diversidad

⁸ Se refiere a la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

⁹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (derogada).

de marcos regulatorios nacionales y a la rápida evolución de la ciencia, planteando desafíos en su implementación y aplicación uniforme en todos los Estados miembro. Finalmente, en España se aprueba el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos¹⁰, trinomio perfecto en esta compleja y singular materia, y que supone un acercamiento correcto hacia el funcionamiento de los comités de ética de la investigación con medicamentos y del registro de estudios clínicos.

Sin embargo, este laberinto normativo trae dos consecuencias inmediatas. La primera, producto de una legislación sectorial exigua, que tengamos que acudir a la doctrina, ya que ha desarrollado un importante trabajo de reflexión y contribución académicas: por ejemplo, dando respuesta a los conflictos éticos derivados de la eugenesia¹¹, de los riesgos en la privacidad y confidencialidad de la información genética y de los diversos peligros en la discriminación genética, la diversidad humana, la manipulación genética o la equidad en el acceso a las tecnologías genéticas; a la cuestión del interés del menor¹² ante el anonimato del donante *versus* la identidad genética; o solucionando la indefinición e imprecisión conceptual de dato genético, apuntando acertadamente que no tienen por qué estar relacionados con la salud de una persona, sino que lo característico “es la posibilidad de «identificación» de la persona o de múltiples aspectos” de esta¹³.

Y la segunda, dada la transversalidad de la materia, que tengamos que acudir a la dispar normativa nacional, lo cual genera inconsistencias y dificultades en la implementación y cumplimiento de los ensayos clínicos. Simplemente con analizar el gran mosaico regulatorio nos damos cuenta del obstáculo ante el avance uniforme de la investigación biomédica, sirviendo de ejemplo las derogadas Leyes 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida

¹⁰ También, Directiva 2001/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano; Instrucciones complementarias al Real Decreto 1090/2015 de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos; y Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación.

¹¹ ROMEO CASABONA, C.M., “La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho”, en *Acta Bioethica*, Vol. 8, N.º. 2, 2002, págs. 283-297.

¹² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º. 8, 2018, págs. 151 y 152.

¹³ *Ibidem*, op. cit. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Los datos...”, pág. 150.

y 42/1988, 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente, la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (también, LIB), y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Pese a todo, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, publicado en 2024 tampoco ha sido capaz de concretar la materia genómica, a pesar de ser el primer gran intento de abordar los riesgos asociados con el algoritmo. Aunque introduce categorías de riesgo y requisitos de transparencia, su enfoque generalista no profundiza en la especificidad del uso de datos genómicos en sistemas de IA, de igual forma que tampoco lo hace el Anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial en España, en discusión parlamentaria, pues pretende complementar el marco europeo, pero sin establecer límites claros respecto a la manipulación genética basada en algoritmos de aprendizaje automático.

Este panorama normativo deja entrever la persistente tensión entre la innovación tecnológica y la protección de los derechos fundamentales. Por una parte, el genoma humano se ha situado con éxito en el epicentro del conocimiento biomédico y científico, circunstancia que se ha potenciado gracias a los algoritmos de aprendizaje automático, que permiten procesar y analizar grandes volúmenes de datos con una rapidez y precisión sin precedentes. Y, por otra, la integración de estos avances en los sistemas de salud requiere de una planificación estratégica para evitar desigualdades y garantizar que los beneficios de la genómica humana sean accesibles para toda la población. En definitiva, la genómica humana y la inteligencia artificial se encuentran en un punto de convergencia crítico que demanda una regulación robusta, ética y flexible. La importancia de la genómica ante el algoritmo radica no solo en su capacidad de mejorar la medicina de precisión, sino en la necesidad de establecer salvaguardas que eviten la mercantilización del ADN humano y preserven la dignidad y los derechos fundamentales de las personas.

De igual forma, la doctrina ha solucionado en parte dos defectos, con muy estrecha vinculación, de los que adolece la regulación jurídica existente en el frecuentemente llamado “derecho de los genes”: la primera, la referida a la imprecisión terminológica de dato genético de carácter personal; y la segunda, a la aproximación conceptual de la identidad genética. En este sentido, una de las problemáticas de las que adolece nuestra actual doctrina reside en esa falta de concreción terminológica, y en la simpleza conceptual en la que se recae con habitualidad. Debe tener en cuenta que la Recomendación núm. R 5 (97) del Consejo de Europa reduce el dato genético a la faceta de dato de salud referente a las características hereditarias de un individuo o al patrón de herencia dentro de una familia o grupo de individuos relacionados (apart. 1), mientras que la Declaración sobre Datos Genéticos Humanos, en su apartado segundo, la amplía tímidamente a aquella información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico), ARN (ácido ribonucleico) u otros análisis científicos. Las dos definiciones, sostenemos, no demuestran la complejidad y la integridad conceptual de dato genético.

Es evidente que implica algo más que eso, pues cuenta con la capacidad no solo de distinguir a una persona de las demás, revelar características específicas de un individuo y singularizarlo frente a cualquier otro, sino que su obtención mediante muestreo biológico le dota de especial naturaleza y especialidad. En cierta forma, es la idea que instala en su articulado el ya no tan novedoso RGPD, al considerar los datos genéticos como aquellos relacionados con características genéticas, heredadas o adquiridas, de un individuo, obtenidos mediante el análisis de una muestra biológica (Considerando 34). En definitiva, los datos genéticos no solo son información sobre la composición genética de una persona, sino que revelan aspectos íntimos y únicos de su identidad, por lo que merecen un trato singular.

En este orden de circunstancias, los datos genéticos representan una parte fundamental de la identidad de una persona, de su identidad personal en sí misma considerada. Por ello, debemos entender la identidad genética como una manifestación concreta de la identidad personal y como *factum social* que trasciende lo meramente biológico. Por una parte, puede resumirse como aquel derecho a ser uno mismo¹⁴, trasladando la idea de que la identidad de una persona está

¹⁴ DE MIGUEL BERIAIN, I., “¿Existe un derecho a la identidad genética?”, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, N° 730, 2008, pág. 262.

fuertemente vinculada a su información genética¹⁵. Sin embargo, y como no hemos encontrado aún una definición practicable, debemos plantearnos una reflexión digna de traer a colación, pues la identidad no deja de ser aquella “conciencia que una persona tiene «de ser ella misma y distinta a los demás», o el conjunto de los rasgos propios de una persona o una colectividad que la caracterizan frente al resto”¹⁶. Entonces, cada persona ciertamente ostenta una dotación, una configuración o una arquitectura genética¹⁷, un ADN sustancialmente distinto y que difiere del ADN nuclear de otro ser humano.

Repetidamente el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del art. 29 en su Dictamen 6/2000, sobre la cuestión del genoma, aprobado el 13 de julio de 2000, o en el Document de travail sur les donnés génétiques, adoptado el 17 de marzo de 2004, advierte que este tipo de filiaciones revelan características inherentes de los individuos hasta el punto de que los singularizan más allá de una faceta intrínseca; esto es, proporcionan (o podrán hacerlo) la información científica, médica y personal perteneciente durante toda su vida, la cual puede incidir significativamente en la familia de la persona en cuestión, durante varias generaciones y, en algunos casos, en el conjunto del grupo al que pertenece este individuo. Por ende, el genoma es la esencia de lo que una persona es¹⁸, como conciencia que el sujeto tiene de ser único e irrepetible¹⁹. Sin embargo, la información genética no solo revela aspectos inherentes a la constitución física y biológica, pues influye en la identidad psicológica, emocional y social, o sea, en aspectos más allá de los físicos (personalidad, preferencias, percepción de la propia identidad...).

Concluyentemente la identidad genética única de cada ser humano constituye su patrimonio por excelencia²⁰, pues representa la base fundamental de quiénes somos como individuos, nos distingue de ma-

¹⁵ CÓRDOBA, M. y LIPKO, P., “Identidad personal y genética: reflexión sobre la cristalización de una estrategia”, en *Sophia: Colección de Filosofía de la Educación*, Nº. 15, pág. 273.

¹⁶ ESCAJEDO SAN EPITANIO, L., “Identidad genética y libertad de ciencia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 17, 2013, pág. 41.

¹⁷ WATSON, J.D., «The Human Genome Project: past, present, and future», en *Science*, núm. 248, 1990, pág. 44-48.

¹⁸ LACADENA CALERO, J.R., “Edición genómica: ciencia y ética”, en *Revista Iberoamericana de Bioética*, Nº. 3, 2017.

¹⁹ ANDORNO, R., “Regulatory Discrepancies between the Council of Europe and the EU Regarding Biomedical Research”, en *Human Rights and Biomedicine*, 2010, págs. 117-118.

²⁰ DEL ÁGUILA TUESTA, F.R., “Identidad genética y filiación”, en *Vox Juris*, Vol. 28, Nº. 2, 2014, pág. 237.

nera inequívoca de cualquier otro ser humano y es la responsable de nuestras características físicas, predisposiciones genéticas y, en cierta medida, de nuestra identidad personal resultante. Esta singularidad genética es nuestro legado máspreciado, una expresión de nuestra singularidad y diversidad como especie. Precisamente se evidencia el soporte biológico específico²¹ en la Declaración de la UNESCO sobre Datos Genéticos Humanos, al puntualizar acertadamente que la identidad genética no debe reducirse a sus rasgos genéticos, sino que, como especificidad (artículo 4), en ella se ven influenciados factores educativos, ambientales y personales complejos, así como vínculos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros individuos, lo que conlleva una dimensión de libertad (artículo 3).

Por su parte, la especialidad de su naturaleza jurídica de la identidad genética ha sido objeto de un profuso estudio doctrinal. Por una parte, se concreta la identidad genética como un derecho subjetivo relacionado directamente con la *dignitatis humanae* (artículo 10.1 de la Constitución Española o CE). Por la suya, se indica que el tratamiento de los datos personales genéticos requiere y justifica una protección jurídica peculiar con el objetivo de establecer mecanismos de identificación, clasificación y control de los análisis genéticos idóneos para evitar abusos en su utilización²². Sin embargo, creemos que no solo ha de entenderse la identidad genética como un mero derecho subjetivo, sino que debe ser configurado en la práctica jurídica como un bien jurídico protegido, en cuanto supone un presupuesto previo para el libre desarrollo de la personalidad e, incluso, para la posesión de una dignidad humana²³.

Ciertamente la identidad genética debe ser entendida como parte integral de la identidad personal de un individuo, pero además como constructo social que se ve influenciado por factores más allá de lo biológico. Esto subraya la importancia de proteger la privacidad y la confidencialidad de los datos genéticos, así como de promover una comprensión ética y responsable de su uso. Ahora bien, la normativa europea vigente en materia de protección de datos se compadece mejor del estado actual de la ciencia²⁴, en pro de una protección adecua-

²¹ CAMBRÓN INFANTE, A., “Los principios de protección de datos genéticos y la declaración de la UNESCO”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 8, 2004, pág. 219.

²² SÁNCHEZ BRAVO, A.A., “La protección de los datos genéticos”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, Nº. 3, 2005, pág. 85.

²³ *Ibidem*, op. cit. DE MIGUEL BERIAIN, I., “¿Existe un derecho...”, pág. 263.

²⁴ JOVE VILLARES, D., “Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización”, en *Revista Derecho y Salud*, Año 1, Nº. 1,

da de los derechos fundamentales y la privacidad de las personas en el contexto del uso y manejo de datos genéticos en el ámbito médico y científico²⁵, a través de un rígido sistema de medidas específicas (*vid.* Considerando 53) que avanza hacia su inclusión como categoría especial de datos²⁶.

Todo ello termina por afianzar un tratamiento genéricamente prohibido (artículo 9.1 RGPD) y un ejercicio refugiado en habilitaciones legales tasadas (artículo 9.1 *in fine* RGPD). Esto reviste su importancia práctica, porque la garantía de un nivel elevado de protección para la información e identidad genéticas pasa por evitar su uso indebido, poco transparente y discriminatorio, cobrando especial relevancia la tesis del consentimiento informado, consciente y autónomo. Al tiempo, se exceptúa para aquellas prácticas con fines de investigación científica, por lo que el artículo 1.2 de la Ley de Investigación Biomédica cobra sentido en la realización de análisis genéticos y toma de muestras biológicas para ensayos clínicos.

En última instancia, la identidad genética debe ser tratada con el mismo respeto y consideración que cualquier otro aspecto de la identidad personal de un individuo, y necesariamente vinculada a los derechos fundamentales de intimidad y privacidad, autonomía individual y dignidad inherente a la condición humana. Pero, la protección de la identidad genética no solo busca resguardar los derechos individuales, sino promover la equidad y la justicia en el acceso a la información genética y sus aplicaciones, como la medicina personalizada o la investigación biomédica, y pretende reconocer la genética como patrimonio titularidad de la humanidad. De igual forma, se defiende

2017, pág. 61.

²⁵ Cuestión abordada profundamente por SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos: la protección iusfundamental de los datos genéticos en el derecho español (a propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)”, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, N° 16, 2002, págs. 71-106; y “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (a propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (parte II)”, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, N° 17, 2002, págs. 135-175.

²⁶ Misma línea que el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, su Protocolo adicional STE núm. 181, de 8 de noviembre de 2001, y el Documento sobre datos genéticos, de 17 de marzo de 2004, del Grupo del artículo 29 sobre protección de datos de la Unión Europea.

en la esfera penal^{27 28} y en la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2000, sobre la clonación humana, que considera el objetivo constante de la actividad política legislativa a los derechos humanos y el respeto de la dignidad de la persona; al tiempo que cierra su fundamento constitucional en el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y su conceptualización como bien jurídico complejo y derecho subjetivo, o sea, como interés jurídicamente protegido²⁹.

Por todo ello, la identidad genética se sitúa en una parte clave del bioderecho y la bioética, debido a su profundo impacto en diversas áreas de la vida humana. La comprensión y gestión ética de la información genética mediante IA plantea importantes cuestiones en términos de derechos individuales, justicia social, equidad en el acceso a la salud, privacidad y responsabilidad moral, encerrando tres límites claros: la identidad genómica, la dignidad humana colectiva y el patrimonio genético de la humanidad.

III. LA IDENTIDAD GENÉTICA COMO PRIMER LÍMITE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La información genética revela detalles íntimos, entre otros, salud, susceptibilidad a enfermedades, parentesco u origen étnico; por lo que garantizar la protección de esta información genética es esencial para preservar la privacidad y la autonomía de las personas sobre su propia información genética. Ahora bien, debemos saber cuánto de singular es este derecho a la intimidad genética o, si, por el contrario, no deja de ser una mera manifestación del derecho tradicional y básico de la intimidad que contempla el artículo 18.1 CE, porque su alcance será muy distinto. Es evidente, por un lado, que la intimidad genética es la facultad particular con la que cuenta un individuo a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones³⁰ y, por otro, que busca determinar las condiciones de acceso a la información genética y su contenido.

²⁷ *Ibidem*, op. cit., ESCAJEDO SAN EPITANIO, L., “Identidad genética ...”, pág. 41.

²⁸ MARTÍNEZ PÉREZ, M.D., “El patrimonio genético de la humanidad como bien jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º. 29 (3ª época), 2023, pág. 277.

²⁹ Sitio web: <https://elderecho.com/el-derecho-a-la-identidad-genetica> [Fecha de consulta: 31/10/2025].

³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., “El derecho a la intimidad genética. De las escuchas telefónicas a la transparencia del gen”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º. 42, 2002, pág. 67.

Al final, la intimidad genética se configura en una doble vertiente, como lo hace el derecho fundamental a la intimidad personal, *ad intra* y *ad alia*, esto es, como derecho de defensa, a ser respetado en la no divulgación por terceros de la información genética personal; y como proyección al exterior, a no ser sometido a pruebas genéticas sin doble consentimiento previo (consentimiento explícito en materia de protección de datos, y consentimiento informado en el ámbito bioético). Y, su contenido en dos elementos claramente diferenciados: el objetivo, que conforma la protección de la privacidad y la autonomía de las personas en relación con su información genética; y el subjetivo, que implica el control y la decisión sobre quién puede acceder a esta información y con qué propósito. Siendo esto así, lo principal es proteger ese espacio íntimo, el genético, de la intromisión o injerencia de terceros, esto es, implica decidir quién puede (o no) participar de la información genética y las muestras biológicas, de las decisiones que haya que tomar y de todo lo acaecido en ese ámbito genómico³¹. Es más, su esencia objetiva trae causa directa de la intimidad corporal, pues sin una intervención estrictamente corporal (pinchazo, toma de muestra con bastoncillo...) sería muy difícil obtener el genoma de una persona³²; mientras que el elemento subjetivo lo constituye la autodeterminación informativa consagrada en el artículo 18.4 CE.

Esta afirmación nos lleva a resolver dos cuestiones previas que han seguido el debate doctrinal clásico: la primera, el afianzamiento de la *informationelle selbstbestimmungsrecht*; y la segunda, el alcance del derecho a la intimidad personal. Sobre la primera, la ausencia de reconocimiento constitucional de la protección de datos de carácter personal, connatural por otra parte con la elaboración del texto constitucional, torna hacia la superación de la teoría privatista de los derechos de la personalidad y de la correcta adecuación del derecho a la autodeterminación informativa que consagra la CE en su artículo 18.4. Sin entrar en inoportunos debates, la mayoría de la doctrina³³ acaba por descubrir ese espíritu constitucional que proporciona el

³¹ SOLER MARTÍNEZ, J.A., “Protección constitucional de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías”, en *Anuario de derecho canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV*, N.º 11, 2022, pág. 94.

³² RUIZ MIGUEL, C., “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, N.º 14, 2001, pág. 151.

³³ RÉBOLLO DELGADO, L., “Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar”, en *Revista de Derecho Político*, N.º 58-59, 2003-2004, págs. 215-240.

³⁴ BUENO DE MATA, F., “Protección de datos, investigación de infracciones penales e inteligencia artificial: novedades y desafíos a nivel nacional

marco sólido para su defensa en el contexto digital actual, con fiel apoyo en los artículos 10.1 (dignidad humana) y 18.1 CE (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), pero manteniendo su total configuración independiente.

En este sentido, no cabe duda de que el ordenamiento jurídico debe protegernos contra cualquier violación³⁵, si bien la redacción del artículo 18.1 CE conlleva al entendimiento del carácter unitario de la estructura del derecho³⁶ a la intimidad tomando la redacción de la Ley Orgánica 1/1982. Así, mientras que parte de la doctrina opta por el reconocimiento explícito de la *privacy*³⁷; otra lo hace por la superación de la teoría de que hay un solo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples (honor, imagen e intimidad)³⁸; y la última, por su configuración no sólo como límite a las libertades del artículo 20.a) y d), sino como derecho fundamental singular³⁹.

En todo caso, la autonomía de la libertad informativa resulta palpable. Primero, porque ya la LORTAD limita el uso de la informática (y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado) para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 1), por lo que la originaria libertad informática tiene su acogimiento como garantía inherente a la intimidad personal, y como derecho al control en el uso de los datos insertos en un programa informático (STC núm. 254/1993, de 20 de julio, Antecedentes de Hecho 5º y 7º). Esto es, se termina por interpretar este derecho fundamental con la autonomía oportuna, y no como una mera manifestación de los artículos 10.1 y 18.1 CE. En resumidas cuentas, la norma adecua acertadamente el instituto de *habeas data* a las necesidades y desafíos de la entonces sociedad contemporánea, proporcionando un marco legal integral para el ejercicio y la protección del derecho fundamental a la autodeterminación in-

y europeo en la era postcovid”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 150, 2021.

³⁵ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “El derecho a la intimidad”, en *Cuadernos para el Diálogo*, n.º 66, 1969, pág. 10.

³⁶ *Ibidem*, op. cit. PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos...* págs. 331 y ss.

³⁷ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.ª edición actualizada, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 191.

³⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas. Edersa, 1991, pág. 96.

³⁹ OLLERO TASSARA, A., “La ponderación delimitada de los Derechos Humanos. Libertad informativa e intimidad personal”, en *Revista de derecho*, N.º. 7, 2000, págs. 63.

formativa, consolidándose la doctrina alemana de la *informationelle selbstbestimmungsrecht*⁴⁰.

Posteriormente, la Ley Orgánica de 1999 permite reconfigurar y reestructurar este nuevo derecho fundamental, y lo hace bajo la influencia directa de múltiples instrumentos comunitarios, tales como Directiva sobre el Comercio Electrónico⁴¹, la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁴², la Directiva 2013/40/UE relativa a los ataques contra los sistemas de información, o la ya citada Directiva 95/46/CE. De la delimitación negativa del uso de la informática se pasa a una garantía positiva de protección de las libertades públicas y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en especial, de su honor e intimidad personal y familiar (artículo 1); y de la demonización de la tecnología, a su coexistencia con el Derecho. Finalmente, el RGPD nace con la actitud no solo de revisar las bases legales del modelo europeo, sino de reforzar la seguridad jurídica, la transparencia y la responsabilidad⁴³, más aún cuando el proceso tecnológico eleva el nivel de riesgo para la privacidad de los datos.

Y, segundo, porque se rompe directamente con el esquema argumental seguido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 110/1984, de 26 de noviembre, en la que deja a un lado el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarcara las intromisiones realizadas por cualquier medio (F.J.3º); en Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril, en la que se declara el derecho a la intimidad acorde al inspirado Estado social y democrático de Derecho (1.1 CE) como obligación positiva de contribuir a su efectividad en cualquiera de sus modalidades (F.J.4º); o en la STC núm. 171/1990, de 5 de noviembre, que sitúa en una posición preferente al derecho a la intimidad (hasta ahora, el único existente) frente a la libertad informativa, salvo en supuestos en los que resultase relevante para la formación de la opinión pública en asuntos de interés general.

⁴⁰ ORTI VALLEJO, A., "El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)", en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 2, 1994, pág. 312.

⁴¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁴² Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

⁴³ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., "Reglamento general de protección de datos: novedades. Adaptación de la normativa española: El proyecto de LOPD", en *DS: Derecho y salud*, Vol. 28, Nº. Extra 1, 2018, pág. 75.

En otro orden de circunstancias, el alcance del derecho a la intimidad hay que tomarlo necesariamente junto al derecho a la protección de datos. Todo ello manifiesta la importancia de su proyección *ad alia*, pues se puede llegar a conocer aspectos cotidianos de la vida de una persona que, incluso, resultan insospechados (su ubicación, sus gustos, su ADN...) ⁴⁴, ya que, al final, el *habeas data* pretende la salvaguarda del bien jurídico-constitucional intimidad ⁴⁵. Sea lo que fuere, intimidad personal y datos genéticos cuentan con una estrecha vinculación, por lo que proteger la intimidad genética en el contexto de la biosalud implica directamente la salvaguarda de la confidencialidad y la privacidad de la información genómica. Es más, la intimidad genética como derecho fundamental tiene su base en la persona, porque es innata a ella, suponiendo una injerencia en la vida personal, por ejemplo, el obtener una muestra biológica (cabello, sangre, pigmentación, cédulas, semen...), el revelar, publicar o divulgar el ADN de un individuo, o el tratar los datos sin la autorización de su titular o para otras finalidades no consentidas.

Entonces, la intimidad genética toma su corolario de la autonomía de la voluntad y de la manifestación del consentimiento informado ⁴⁶ ⁴⁷. Esa misma línea argumentativa ha sido objeto de una ampliación notable por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las SSTEDH, de 10 de octubre de 2006, *caso L.L. c. Francia*, y de 5 de febrero en 1997, en el *caso Z. c. Finlandia*. Por su parte, la STC núm. 196/2006, de 3 de julio (F.J.6º.), se aproxima a los límites del consentimiento informado del paciente, al permitir la inmisión en el derecho a la intimidad; al tiempo que la STC núm. 70/2009, de 23 de marzo, amplía el ámbito subjetivo del derecho a la intimidad personal (F.J.2º.). Por la suya, la STC núm. 292/200, de 30 de diciembre (F.J. 9º.) y el ATC 212/2003, de 30 de junio, perfilan la preservación del ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos al calificarse como ilegítima una intromisión en el derecho a la intimidad.

⁴⁴ BATUECAS CALETRÍO, A., “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 29, 2015, pág. 55.

⁴⁵ AGUADO RENEDO, C., “La protección de los datos personales ante el Tribunal Constitucional español”, en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N° 23, 2010, pág. 9.

⁴⁶ SÁIZ RAMOS, M. y LARIOS RISCO, D., “El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas”, en *DS: Derecho y Salud*, Vol. 18, N° 1, 2019, pág. 22.

⁴⁷ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La protección de datos personales relacionados con la salud”, Ponencia del Defensor del Pueblo de Navarra, de fecha 27 de junio de 2012, pág. 7.

Así, el derecho a la intimidad genética constituye un pilar fundamental para la protección de la genómica humana y constituye el primer límite en el uso algorítmico. Ello nos lleva a afirmar que existen diferentes manifestaciones de la protección de la intimidad genética en el ámbito biomédico e inteligente. Lo más claros: el respeto de la intimidad genética corporal del paciente (entendido como el máximo respeto durante la extracción de cualquier muestra de ADN por sistemas de IA); a la confidencialidad y privacidad de sus datos genéticos; al acompañamiento (al menos, por un familiar o persona de su confianza, salvo que las circunstancias lo desaconsejen o sean incompatibles con una debida prestación sanitaria); a su intimidad emocional (mediante la creación de un ambiente en el que el paciente se sienta seguro y exista respeto sobre sus sentimientos y emociones); a su intimidad espacial (proporcionando un entorno físico apropiado que garantice la privacidad durante los tratamientos genéticos); a su intimidad cultural y religiosa (adaptando, si fuera posible, las prácticas médicas a sus creencias, valores y prácticas culturales y religiosas); o a su intimidad de género (respetando la preferencia e identidad de género).

IV. EL DERECHO GENÓMICO INTELIGENTE Y EL SEGUNDO LÍMITE: LA DIGNIDAD HUMANA COLECTIVA

La protección de la intimidad genética es un pilar fundamental para la preservación de la dignidad de la persona, ya que garantiza que cada individuo pueda mantener el control sobre su información genómica y tome las decisiones en base a una información previamente otorgada y de una manera consciente, libre y autónoma. Además, respetar la intimidad genética implica no solo proteger los datos genéticos de accesos no autorizados, sino asegurar que las personas puedan decidir libremente sobre aspectos privados de su vida sin temor a la exposición, a la invasión o la estigmatización. Es evidente, también, que la información genética no solo revela aspectos de la identidad biológica de un individuo, sino que predisposiciones a ciertas enfermedades y condiciones hereditarias, por lo que resulta esencial mantener la dignidad de la práctica genética en todo momento.

De la misma forma, sin una protección adecuada la información genética puede ser utilizada para discriminar a personas o colectivos sociales. Así, el respeto por la dignidad humana en el contexto de la genética no solo implica salvaguardar la privacidad y prevenir la discriminación, sino asegurar que el avance científico se lleve a cabo con el respeto pleno por los derechos y la integridad de cada persona.

Precisamente, el artículo 1 del Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina establece la protección de la dignidad e identidad de todo ser humano y garantiza a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina; es más, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos tiene por objeto principal el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y de las muestras biológicas (artículo 1), prohibiendo taxativamente la estigmatización de personas, grupos y comunidades (artículo 7).

Por su parte, el artículo 2 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos mantiene la cualidad de la *dignitas* como valor interno y exclusivo del ser humano, cualesquiera que sean sus características genéticas, a fin de respetar su carácter único y diversidad (artículo 2 apartado b). Estrechamente vinculado con lo anterior, resulta necesario partir del enfoque de la dignidad humana como principio informador y la raíz de los derechos básicos del hombre⁴⁸ para comprender el alcance de la originalidad e individualidad genéticas y, correlativamente, la importancia de la biodiversidad y el patrimonio genético en el contexto de los derechos humanos y la justicia social. En este sentido, la dignidad se proyecta como guía en la formulación, interpretación y aplicación de las normas relativas a los datos genéticos y a los ensayos clínicos sobre genómica humana, permitiendo identificar a todos los seres humanos con una cualidad y valor intrínsecos y materializándose en “el derecho que tiene cada uno, de ser valorado como sujeto individual y social [...] por el solo hecho de ser persona”⁴⁹.

Sobre este extremo, cabe advertir que la relación clásica entre *diginitatis humanae* y derechos fundamentales se perpetua, aún más si cabe, en la divergencia entre ética y derechos de identidad genética. La defensa de la dignidad humana se convierte, así, en el cimiento sobre el cual se erige la actual estructura de los derechos genéticos y que el artículo 10 CE recoge como concepto abierto a distintas concepcio-

⁴⁸ *Ibidem*, op. cit. ROMEO CASABONA, C.M., “La genética...”, pág. 295.

⁴⁹ ORTIZ, R. y otros, “La dignidad humana como fundamento de los derechos”, en *Semilla Científica*, Año 2, N.º. 2, 2021, pág. 440.

nes y desarrollos⁵⁰, como el valor último del individuo en sociedad⁵¹ y como ese atributo humano incorpóreo, interno, necesario, universal e inmutable⁵², que no admite graduación, sustitución ni equivalencia, y que se configura como el sustento de los derechos fundamentales auspiciado por la Constitución⁵³. Por ello, la dignidad humana en el ámbito de la genética se erige ciertamente como un *prius*, que pretende respetar y proteger la integridad, la autonomía y los derechos de las personas en relación con su información genética, y a través de una triple proyección: por un lado, pretende garantizar que la recopilación, el almacenamiento, el procesamiento y el uso de los datos genéticos y muestras biológicas se realice de manera ética y respetuosa, preservando la privacidad y la confidencialidad de la información del paciente; por otro, permite al propio paciente el (auto)control sobre su información, pudiendo acceder a ella, corregirla y decidir quién puede tener acceso a la misma (principio de autonomía); y, finalmente, implica proteger a las personas de cualquier forma de discriminación o estigmatización basada en sus características genéticas, evitando un uso indebido o una divulgación no autorizada que pueda poner en riesgo la dignidad o el bienestar del paciente.

Sin embargo, la dignidad en la genética se comporta como un *no* derecho fundamental, pues tanto en la práctica jurídica como, en especial, en la investigación y experimentación científicas resulta mucho más que eso⁵⁴, debido a que, a pesar de que en ocasiones se erige como un argumento de autoridad vacío y opuesto al diálogo y, por ende, abstracto, general y cambiante, lo cierto es que en la práctica se configura como un derecho a tener derechos (*ein recht auf rechte*⁵⁵). En el contexto de la genética y la biodiversidad, esto se traduce, por ejemplo, en el acceso equitativo a los recursos genéticos y a compartir los beneficios derivados de su uso, en el derecho a que los sujetos de ensayo clínico o las personas a las que se extraigan muestras bioló-

⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “Derechos Fundamentales”, en LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. y otros, *El Derecho y la justicia*, Vol. 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Trotta, Madrid, 1996, pág. 507.

⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º. 50, 1996, pág. 19.

⁵² DELGADO ROJAS, J.I., “Dietmar von der Pfordten”, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º. 20, 2021, pág. 487.

⁵³ GARCÍA TOMA, V., “La dignidad humana y los derechos fundamentales”, en *Derecho & Sociedad*, N.º. 51, pág. 14.

⁵⁴ *Ibidem*, op. cit., ROMEO CASABONA, C.M., “La genética y la biotecnología...”, pág. 295.

⁵⁵ ENDERS, C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des articulo 1.1 GG, Tübingen*, 1997, págs. 501 y ss.

gicas sean plenamente informadas y consientan libremente sobre la extracción y, tratamiento y uso de su material genético; o en la garantía de que nadie (sujeto individual o colectivo) sea discriminado o estigmatizado en base a su información genética. En definitiva, la dignidad humana requiere que se respete la privacidad y se eviten prácticas que puedan conducir a la exclusión o al trato injusto.

Por ello mismo, el Derecho no es ajeno a esa inquietud surgida en la investigación biomédica, por lo que la dimensión constitucional de la dignidad constituye un elemento necesario para abordar los problemas de la bioética⁵⁶. Además, debe añadirse que es indispensable que “los poderes públicos velen por el cumplimiento estricto la legalidad [...] y, sobre todo, al debido respeto de la vida, dignidad e identidad, en su especificación de identidad genética, como valores superiores del ordenamiento jurídico”⁵⁷. Por esto mismo, estamos hablando de un derecho-deber de la dignidad genética, pues al tiempo que debe asegurarse que todas las prácticas genéticas respeten la vida, la dignidad y la identidad genética de los individuos, los poderes públicos tienen la responsabilidad correlativa de velar por el cumplimiento estricto de la legalidad y proteger los valores superiores del ordenamiento jurídico, promoviendo un entorno en el que la ciencia y la ética coexistan armoniosamente.

La dignidad genética en el contexto de la IA implica reconocer que la información genómica de una persona es una extensión de su identidad personal y su autonomía. Esto se traduce en el derecho a controlar quién tiene acceso a esta información y cómo se utiliza, asegurando que cualquier intervención biomédica se realice con el consentimiento informado del individuo. Al vincular la dignidad genética con el libre desarrollo de la personalidad, se reconoce, además, la libertad de decidir sobre aspectos tan fundamentales como la propia información genética, crucial para el pleno ejercicio de la autonomía personal y la realización de la propia identidad. Por tanto, proteger la dignidad genética es esencial no solo para salvaguardar la privacidad y la integridad personal, sino garantía de que cada individuo pueda desarrollarse libremente y conforme a su propia visión de la vida.

Segundo, porque la conexión de la intimidad genética con la libertad biomédica y la dignidad del individuo es clara y primordial

⁵⁶ CAMARERO SUÁREZ, M., “La manipulación genética y su incidencia en el derecho matrimonial canónico: Breves reflexiones”, en *Ius canonicum*, Vol. 39, N° Extra-1, pág. 724.

⁵⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Incidencia de la libertad ideológica en el derecho a la manipulación genética”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, N°. 6, 1, 2006, pág. 487.

(STC núm. 142/1993, de 22 de abril, F.J.7º; y, también, en SSTC núm. 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.3º; núm. 197/1991, de 17 de octubre, F.J.3º, y núm. 214/1991, de 11 de noviembre, F.J.1º). Y es que, si la intimidad genética se refiere al derecho de una persona a controlar el acceso y uso de su información genética, resulta fundamental para garantizar que los individuos puedan tomar decisiones informadas y voluntarias sobre su participación en investigaciones biomédicas y sobre el uso de sus datos genéticos. De nuevo, la libertad biomédica, que incluye el derecho a decidir sobre los propios tratamientos y la participación en estudios científicos, está intrínsecamente ligada a la dignidad humana, al reconocer al individuo su capacidad de autodeterminación y su valor intrínseco como ser humano. Por tanto, salvaguardar la intimidad genética no solo es un imperativo ético y legal, sino condición *sine qua non* para el respeto pleno de la libertad y la dignidad en el contexto de la biomedicina.

Tercero, por su calificación como bien constitucional protegido (*vid.* SSTC núm. 2/1982, de 29 de enero y núm. 18/1981, de 8 de junio). Y, cuarto, por su consideración como principio material de justicia (STC núm. 127/1990, de 27 de junio), cualidad consustancial inherente a la persona (STC núm. 444/2007, de 10 de diciembre, F.J.2º), o *mínimum* invulnerable (entre otras, STC núm. 120/1990, de 27 de junio, F.J.4º y STC núm. 11/2023, de 23 de febrero). Esto es, la dignidad genética se convierte en un límite de la investigación científica, pues, a pesar de que los científicos han disfrutado de un alto grado de autonomía, ninguna actividad científica será justificable si atenta contra los derechos humanos o de su práctica se sigue la agresión o supresión los derechos de las personas⁵⁸.

De la misma forma, la doctrina mayoritaria entiende que la dignidad genética representa un límite crucial a la bioética y estándar ético esencial para la biomedicina⁵⁹, garantizando que el progreso científico se realice dentro de un marco de respeto a los valores humanos fundamentales⁶⁰. Por consiguiente, debemos concluir que supone una guía para la formulación, interpretación y aplicación de las normas

⁵⁸ MARTÍNEZ MORÁN, N., “La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología”, en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 1, Nº. 1, 2008, pág. 188.

⁵⁹ PORRAS DEL CORRAL, M., “Biotecnología, Bioética y derechos humanos”, en RUIZ DE LA CUESTA, A. (coord.), *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, 2005, págs. 143-164.

⁶⁰ MARCOS DEL CANO, A.M., “La Bioética y el bioderecho desde los derechos humanos”, en *Bioética y derechos humanos*, UNED, 2011, págs. 19-46.

jurídico-políticas⁶¹, sirviendo como recordatorio constante de la necesidad de tratar a cada individuo con respeto y consideración, evitando prácticas genéticas que atenten contra su integridad física, psicológica o moral (artículo 15 CE). Entonces, ello obliga a dar un paso más allá hacia el referente garantista de la dignidad en la actividad e investigación científica, de la misma forma que lo hace nuestro Alto Tribunal [entre otras, SSTC núm. 231/1988, de 2 de diciembre (F.J.3°); núm. 197/ 1991, de 17 de octubre (F.J.3°) y núm. 214/1991, de 11 de noviembre (F.J.1°)].

Si bien, resulta excesivo el uso de la *dignitas* en el discurso político y gubernamental, que, a veces, incluso llega a ser utilizado de forma manipulada o, al menos, distorsionada para los propios intereses gubernativos o la propia conveniencia política. Por un lado, el uso abusivo y selectivo de este principio recae a menudo en la retórica e hipocresías públicas, en la manipulación de la opinión pública y en la justificación de ciertos discursos populistas. Esto socava la legitimidad de las instituciones y genera desconfianza en el sistema jurídico-político, debilitando así la protección efectiva de los derechos humanos y la persecución y promoción de una sociedad justa y equitativa.

Todo lo anterior nos lleva a interpretar la dignidad como el cauce activo para la protección y promoción de los derechos humanos en el contexto del derecho genómico. La dignidad genética, en este sentido, actúa como un principio fundamental que guía el desarrollo, la implementación y la regulación de las tecnologías genómicas. Esto incluye el respeto por la autonomía de los individuos en la toma de decisiones relacionadas con su información genética, la equidad en el acceso a los beneficios de los avances genómicos, y la protección contra cualquier forma de discriminación o abuso que pueda surgir de la manipulación genética. Es más, un derecho genómico digno debe extenderse, como *numerus apertus*, a los siguientes principios y derechos: a la intimidad y privacidad genética (artículos 17.1 y 18.1 CE); a la identidad genética (derecho a la unicidad y reconocimiento de la identidad jurídica); a la integridad genética (preservación de la unicidad y esencia genética – artículo 15 CE); a la no discriminación o estigmatización en razón a la condición genética (artículo 14 CE); a la propiedad intelectual sobre la información genética (patentabilidad y propiedad de la información genética, incluidos los genes, las secuencias genéticas y las técnicas de diagnóstico y terapia genética – artículo 33 CE); al consentimiento informado en la investigación

⁶¹ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., “Los derechos humanos en la era de la biotecnología”, en MARTÍNEZ MORÁN, N., *Utopía y realidad de los derechos humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Madrid, UNED, 1999, pág. 102.

genética (artículo 8 de la Ley 1/2002, de autonomía del paciente); a los derechos de reproducción asistida y selección genética (fertilización in vitro, la selección de embriones, etcétera); a la igualdad, la equidad y la justicia (artículo 1.1 CE); o, a la diversidad genética.

Ahora bien, la dignidad debe actuar en su faceta colectiva y, por ende, como un límite añadido al uso del algoritmo en el contexto genómico, ya que el tratamiento masivo de datos genéticos no solo afecta la autonomía individual, pues impacta a la humanidad en su conjunto al generar riesgos de discriminación, eugenesia o vulneración de la privacidad. Así, la aplicación del algoritmo debe estar sujeta a estrictos marcos éticos y jurídicos que garanticen la protección de la diversidad genética, la equidad en el acceso a los avances biomédicos y la prevención de cualquier forma de sesgo o manipulación.

V. EL PATRIMONIO GENÉTICO DE LA HUMANIDAD COMO TERCER LÍMITE A LA DIVERSIDAD GENÉTICA PLANTEADA POR LA IA

La coexistencia de una pluralidad de especies, ecosistemas y procesos biológicos se traduce en una biodiversidad que ha de ser cuidadosamente protegida y preservada, ya que la diversidad biológica no solo es fundamental para el equilibrio y la estabilidad de los ecosistemas, pues sustenta la salud y el bienestar de la humanidad. Diversidad genética y patrimonio genético común representan, por un lado, el legado evolutivo de la humanidad y, por otro, una parte integral de nuestra identidad como especie. Entonces, resulta evidente que la singularidad de la especie humana merece una especial atención, máxime cuando la variedad de genes y alelos refleja la riqueza de la condición humana. Primero, porque esta diversidad genética es un tesoro incalculable que permite la investigación científica y el desarrollo de nuevas tecnologías en áreas como la medicina, la biotecnología y la conservación de la biodiversidad. Y, después, porque la variabilidad genética proporciona un amplio espectro de posibilidades, máxime cuando cada genoma es único y una fuente inagotable de información genética valiosa.

Por lo tanto, preservar y promover la diversidad genética no solo es una cuestión de conservación biológica, sino de seguridad, prosperidad y bienestar para las generaciones presentes y venideras. Precisamente, la conservación de la especie humana se configura en la práctica como un imperativo ético que implica garantizar nuestra condición, aspecto y supervivencia como especie, y nuestro bienestar

y desarrollo sostenible en armonía con el resto de los seres vivos y los ecosistemas que compartimos en este planeta. Siendo esto así, la conservación de la especie humana requiere de un compromiso y una acción colectiva para avanzar hacia un mundo más justo, equitativo y sostenible para las generaciones venideras. Y son dos los argumentos que queremos apuntar.

El primero se sitúa en que la dignidad humana no solo merece un trato individualizado, pues es cierto que el valor principal de la dignidad reside en su carácter ontológico, en el reconocimiento del ser humano por su propio ser y no por lo que debe ser⁶², lo que le hace merecedor de un respeto y de una consideración especiales⁶³; pero, también en el reconocimiento y la preservación de la condición humana, mediante una dotación o configuración genética concreta, que se liga más a una dignidad colectiva, entendida fruto de una valoración y protección de la dignidad de un grupo o comunidad en su conjunto. A diferencia de la dignidad individual, que se centra en la valía y el respeto de cada persona como individuo, la dignidad colectiva se relaciona con la identidad, la integridad y los derechos de un grupo en su totalidad, de la humanidad, enfatizando la importancia de valorar y proteger los derechos fundamentales y la dignidad de todos los grupos y comunidades y promoviendo la justicia social y el bienestar para todos sus miembros, cual fin de la ética y en base a lo que la sociedad representa y aporta como conjunto.

Resulta necesario entender el individualismo ontológico como parte inexcusable de la vida individual, ya que la vida humana comienza indudablemente en el ámbito individual⁶⁴, pero inevitablemente la colectividad juega un papel fundamental en el desarrollo y la realización de cada individuo. Si bien cada persona tiene su propia existencia única y sus experiencias personales, estas se entrelazan con las relaciones y conexiones que tiene con otros individuos y con la sociedad en su conjunto. Ello justifica que la dignidad colectiva represente un aspecto esencial en la comprensión y promoción del bienestar humano, e implica fomentar la solidaridad, el respeto mutuo y la inclusión social, construyendo así una sociedad más cohesionada y justa. Para lo cual, la dignidad colectiva es un componente fundamental para el

⁶² CANO CABILDO, S.: “La dignidad como principio deontológico del humanismo”, en *Andamios: revista de investigación social*, N.º. 48, Vol. 19, N.º. 48, 2022, pág. 334.

⁶³ AROYA PINÓS, X.: “Sobre la dignidad humana”, en *Cuadernos de Teología*, N.º. 2, 2012, pág. 245.

⁶⁴ DÁVILA, J.A., “Dignidad humana colectiva como condición previa de los derechos humanos colectivos”, en *Pensamiento jurídico*, N.º. 35, 2013, pág. 137.

desarrollo humano integral y la realización de una sociedad basada en el respeto, la igualdad y la dignidad para todos. La identidad genética de la humanidad merece ser reconocida y protegida como un aspecto fundamental de nuestra diversidad y singularidad como especie.

Por consiguiente, la dignidad colectiva incorpora una doble proyección (como facultad (*dignity as empowerment*) y como restricción (*dignity as constraint*)⁶⁵; o como promoción y limitación⁶⁶, que merece aquí ser reinterpretada. El primer objetivo (restricción o limitación) reside en que cualquier técnica genética que manipule, edite o varíe nuestro genoma humano debe ser limitada, ya que la conservación de nuestra especie y la preservación de la diversidad genética resultan imperativos éticos y biológicos fundamentales que han de tenerse en cuenta. Limitar estas técnicas garantiza que se utilicen de manera digna, ética y responsable, salvaguardando la integridad de nuestro patrimonio genético compartido y promoviendo un enfoque más equitativo y sostenible para la mejora de la salud y el bienestar humano. Un compromiso con la preservación de nuestra especie y la protección de la diversidad genética que nos define como seres humanos merece ser objeto de especial protección.

Por su parte, en pro del bienestar humano (facultad o promoción) –para la lucha de enfermedades o la minimización de alteraciones genéticas, el fomento por una investigación y desarrollo de terapias genéticas–, que de ser obviado, nos dejaría sin una oportunidad única para crecer como especie, pasando por añadir un granito de esperanza para aquellos que enfrentan desafíos de salud significativos, y ayudando a mejorar la calidad de vida y a reducir la carga de enfermedades para las generaciones futuras. En este caso, la edición genómica, la manipulación genética o el llamado *variant calling* representan una oportunidad magnífica para proteger y mejorar nuestra condición como especie humana, proteger la diversidad genética y respetar los valores fundamentales de la humanidad en su conjunto. En este caso, mientras resultaría impropio el diseño genético de bebés hacia su perfeccionamiento humano, no lo sería el diseño de órganos vitales con tecnologías 3d mediante la extracción de células o matrices extracelulares, o la edición genómica para el tratamiento de la leucemia,

⁶⁵ MARÍN CASTÁN, M.: “En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”, en *Revista de Bioética y derecho: publicación del Máster en Bioética y derecho*, Nº. 31, 2014, pág. 25.

⁶⁶ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.: “Dignidad humana y genética”, en *10 palabras clave en nueva genética*, Editorial Verbo Divino, 2006, pág. 362.

el mieloma múltiple, el colesterol o la amiloidosis transtiretina⁶⁷. Un juicio de ponderación casuístico es necesario.

Como segundo argumento, la identidad genética del ser humano debe ser abstraído como bien jurídico protegido, no sólo por su irrepetibilidad, sino como intalterabilidad del patrimonio genético de la humanidad. Esto es, el genoma humano representa el patrimonio genético de la humanidad⁶⁸ por excelencia. Precisamente, el Informe Explicativo de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997 entiende que el genoma humano pueda ser objeto de una apropiación colectiva. Es más, la identidad genética colectiva⁶⁹ es un aspecto fundamental de la diversidad e integridad de la especie humana, reflejando la relevancia del patrimonio común de la humanidad⁷⁰.

El patrimonio genético, transmitido de generación en generación a través del genotipo, posibilita la diversidad de la especie y su evolución, mediante un proceso que responde a parámetros ambientales y no a la alteración antojada por parte del ser humano⁷¹; lo que nos ofrece la posibilidad de establecer como titular y objeto a la humanidad de este nuevo derecho-deber⁷². Titular, porque es evidente que, con la tercera categoría de derechos humanos, uno de sus rasgos diferenciadores es la articulación bajo la solidaridad colectiva, esto es, no sobre los individuos ni de ciertos grupos, sino sobre la humanidad en su conjunto⁷³, que provoca la (re)interpretación del *status de habeas data* y del *status activus processualis*.

⁶⁷ Sitio web: <https://www.aarp.org/espanol/salud/enfermedades-y-tratamientos/info-2024/terapia-medica-edicion-genetica-crispr.html> [Fecha de consulta: 31/10/2025].

⁶⁸ *Ibidem*, op. cit. MARTÍNEZ PÉREZ, M.D., “El patrimonio genético...”, pág. 273.

⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Título V. Delitos relativos a la manipulación genética”, en *Comentarios al Código penal español*, Vol. 1, 2016, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2006, págs. 1103-1113.

⁷⁰ PERIS RIERA, J. M. y GARCÍA GONZÁLEZ, J., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”, en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Madrid: Dykinson, 2005, págs. 105-121.

⁷¹ SÁNCHEZ VILLANOVA, M., “A propósito de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º. 41, 2019, pág. 151.

⁷² ANDORNO, R., “La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”, en *Selecciones de Bioética*, Instituto de Bioética Cenalbe, Editorial Gente Nueva, 2002, págs. 77-87.

⁷³ SPINELLA, L., “El sujeto de derecho a reivindicar: la Humanidad.: La dignidad humana frente al patentamiento de la información genética humana”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N.º. 116, 2012, pág. 308.

Y, como objeto, porque la integridad colectiva, como especie humana en sí considerada, está en juego. Entonces, la humanidad se enfrenta a la responsabilidad de proteger y preservar su diversidad genética colectiva como parte fundamental de su identidad y su legado evolutivo. En este sentido, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos incorpora en su redacción la protección de la dignidad y los derechos de la persona humana (*vid.* Exposición de motivos y artículo 1) la salvaguarda de la diversidad genética de la especie humana (artículo 1) y el principio de intangibilidad del genoma humano, patrimonio de la humanidad (artículo 1 *in fine*). La manipulación genética sin control ético pone en peligro la diversidad genética de la especie humana, comprometiendo su capacidad de adaptación y supervivencia frente a los desafíos ambientales y biológicos. Por lo tanto, la protección legal de la identidad genética colectiva se convierte en un imperativo moral y jurídico para garantizar un futuro sostenible y equitativo para toda la humanidad.

VI. GENOMA Y PRIVACIDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL E INTEGRACIÓN DE LOS MARCOS NORMATIVOS DURO Y BLANDO PARA LA REGULACIÓN DE DECISIONES AUTOMATIZADAS

Este epígrafe aborda la protección del genoma y la privacidad desde una perspectiva jurisprudencial europea, complementada con el análisis de los marcos normativos duro —como el AI Act (arts. 5 a 10), el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) (arts. 4, 9 y 22) y la Ley Orgánica 3/2018 (arts. 5, 7 y 13)— y blando, representados por el Convenio de Oviedo (arts. 1 a 8) y la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (principios 1 a 5).

Primero, el marco normativo duro o *hard law*, referido a aquel conjunto de normas jurídicas que tienen carácter vinculante y obligatorio, se traduce en que en materia de genómica humana se establecen principios y obligaciones estrictas para el tratamiento de datos genéticos. Por ejemplo, mientras que el RGPD clasifica los datos genéticos como categoría especial de datos personales que requieren protección reforzada, imponiendo requisitos estrictos en cuanto al consentimiento (art. 7), finalidad (art. 5), proporcionalidad y seguridad (arts. 5, 32), la Ley Orgánica 3/2018 lo adapta y complementa al contexto español, especialmente en lo relativo a derechos digitales y garantías específicas para decisiones automatizadas (arts. 13-15). Y, finalmente, el Reglamento europeo de IA regula el uso de sistemas de inteligencia artificial, con énfasis en los de alto riesgo que manejan

datos biométricos o genéticos, exigiendo evaluaciones de impacto, transparencia, supervisión y mitigación de riesgos (arts. 5 a 16), asegurando así un control riguroso sobre los usos potencialmente invasivos de la IA en el ámbito genómico.

Frente a ello, el marco normativo blando o *soft law*, constituido por instrumentos no jurídicamente vinculantes, cumple una función regulatoria esencial al orientar comportamientos, establecer estándares éticos, generar consensos internacionales y servir de guía interpretativa para la aplicación de ese *derecho duro*. En este sentido, el Convenio de Oviedo establece principios bioéticos vinculados a la dignidad humana (art. 3), la protección del patrimonio genético (arts. 11 y 12) y la limitación del uso de datos genéticos únicamente para fines médicos o científicos legítimos (art. 12). Además, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO refuerza estos principios y promueve el respeto a los derechos humanos en el contexto biomédico, influyendo en la formación de políticas y protocolos nacionales e internacionales (principios 1 a 5). Por ende, estos instrumentos de *derecho blando* complementan la regulación estricta, aportando un necesario marco ético y social imprescindible para el desarrollo responsable de la genómica humana y la IA.

La convergencia entre el marco normativo duro y blando ofrece una arquitectura jurídica avanzada que conjuga obligatoriedad legal y orientación ética para abordar los desafíos que plantean la inteligencia artificial y el análisis masivo de datos genéticos. Ahora bien, la jurisprudencia europea ha sido la encargada de desarrollar un marco interpretativo riguroso que delimita los derechos vinculados a la privacidad genética, proporcionando criterios y fundamentos sólidos para su protección efectiva. El análisis sistemático de los principales precedentes evidencia la consolidación de una doctrina exigente, que se articula en torno a los principios de necesidad, proporcionalidad, finalidad legítima y respeto a la dignidad humana. Tales principios, recogidos en los mandatos constitucionales y de derechos humanos (art. 8 CEDH; Carta de Derechos Fundamentales de la UE; arts. 4 y 9 RGPD), informan la actuación tanto legislativa como judicial en el ámbito europeo.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente en sentencias como *S. and Marper v. Reino Unido* (2008) y *Odièvre v. Francia* (2003), ha puesto énfasis en la desproporcionalidad que supone la conservación sistemática e indefinida de datos genéticos por parte de las autoridades. En el primer asunto, el Tribunal examinó la práctica del Reino Unido de conservar

indefinidamente perfiles de ADN, huellas dactilares y datos personales de personas inocentes o no condenadas. Consideró que esta retención masiva e indefinida no cumplía el requisito de ser necesaria y proporcional en una sociedad democrática, vulnerando así el derecho al respeto a la vida privada bajo el artículo 8 del CEDH. Además, la sentencia señaló que la retención genérica sin consideración individualizada carece de justificación suficiente, afectando severamente la dignidad y privacidad de las personas. Por ello mismo, estableció un precedente relevante en cuanto a la imposición de límites temporales y contextuales claros para el tratamiento de datos genéticos sensibles [FJ° 74-78].

Por su parte, en el asunto *Odièvre v. Francia* (2003), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó la tensión entre el derecho a conocer el propio origen biológico y la protección de la privacidad de terceros. El Tribunal sostuvo que la revelación de datos genéticos debe asegurarse respetando un equilibrio que permita el ejercicio del derecho al conocimiento personal sin perjudicar la intimidad o derechos de otros individuos. En este sentido, protegió la identidad genética como un aspecto esencial de la vida privada y dignidad humana, estableciendo que cualquier limitación debe estar fundada en razones legítimas y proporcionalidad [FJ° 33-41]. Como puede observarse, en ambas sentencias no solo se sanciona la práctica desproporcionada de conservación sistemática de datos genéticos, pues también se establece un marco de garantías jurisprudenciales que obliga a ponderar cuidadosamente el respeto a la privacidad, la identidad y la dignidad humana frente a los intereses públicos, exigiendo que las restricciones a estos derechos respondan siempre a criterios estrictos de necesidad, proporcionalidad y justificación legítima (art. 8 CEDH), lo que refuerza la posición de la persona como centro del sistema de protección en el ámbito de la información genética.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en asuntos como C-118/22 (2024) y C-205/21 (2023), ha precisado que el tratamiento de datos biométricos y genéticos debe limitarse temporalmente, ajustarse a fines concretos y estar sometido a controles exhaustivos de legalidad y supervisión judicial. En el asunto C-118/22 (2024), el Tribunal de Justicia evaluó la legalidad de la conservación de datos biométricos y genéticos de personas condenadas tras el cumplimiento de su condena, concluyendo que la conservación indefinida de estos datos contraviene los artículos 5 y 9 del RGPD, y los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sobre protección de datos y respeto a la vida privada. Finalmente, el fallo destaca la necesidad de limitar la retención temporalmente y establecer mecanismos

para el borrado, salvo que exista un interés público justificado, reforzando la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad para garantizar un equilibrio adecuado entre seguridad y derechos fundamentales [FJ° 43-52].

Por su parte, en el asunto C-205/21 (2023), el Tribunal delimitó el uso y alcance de la recogida sistemática de datos biométricos por la policía para identificación de personas, subrayando la enorme sensibilidad de estos datos y el riesgo de afectación a derechos fundamentales. Primero, enfatizó que debe existir un marco legal claro, restricciones estrictas y controles efectivos para evitar abusos y discriminaciones, garantizando siempre la proporcionalidad y respeto a la dignidad humana. Y, segundo señaló que esta actividad debe estar sujeta a supervisión judicial, priorizando medidas menos invasivas siempre que sea posible [FJ° 37-50].

En suma, estos pronunciamientos ofrecen garantías cualificadas frente al uso arbitrario o desproporcionado de la información genética y constituyen referencias esenciales tanto para la legislación vinculante como para la interpretación ética en materia de privacidad genética en el contexto europeo. En concreto, suponen un límite al uso automatizado de los datos genéticos en atención al artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD), que reconoce el derecho del interesado a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos o le afecten significativamente de modo similar.

Este derecho se intensifica cuando los datos tratados son especialmente sensibles, como ocurre en materia genética, requiriendo garantías adicionales de transparencia, intervención humana, posibilidad de impugnación y justificación reforzada del interés legítimo o el consentimiento explícito (arts. 9 y 22 RGPD; arts. 13-15 LO 3/2018). La citada jurisprudencia europea acentúa la necesidad de que todo tratamiento automatizado que implique datos genéticos respete escrupulosamente los principios de necesidad, proporcionalidad y limitación temporal, debiendo establecer mecanismos claros de revisión, supresión y control sobre la conservación de estos datos.

Soluciona, en parte, las tensiones generadas entre el *derecho blando* y *derecho duro*, tendiendo la suerte a una complementariedad instrumental: mientras que el *derecho duro* proporciona las garantías jurídicas que exigen los derechos fundamentales frente a las decisiones automatizadas sobre datos genéticos, el *derecho blando* promueve una cultura ética, social y de gobernanza que suaviza las rigideces del

sistema formal y prepara el terreno para futuros desarrollos normativos y sociales. Este equilibrio resulta especialmente relevante en el contexto de la regulación del algoritmo y el tratamiento masivo de datos genéticos, donde la exigencia de control, transparencia y dignidad humana debe ir de la mano de una gobernanza flexible e inclusiva.

VII. CONCLUSIONES

La genómica humana ha avanzado con el desarrollo del Proyecto del Genoma Humano, permitiendo diagnósticos y terapias personalizadas, si bien su regulación históricamente ha venido enfrentándose a desafíos dada la rápida evolución tecnológica y la falta de normativas armonizadas. Ello nos lleva a plantear tres límites directos al uso del algoritmo en el contexto genómico:

Primero: la información genética revela aspectos sensibles, por lo que su protección es clave para garantizar la privacidad y la autonomía personal. La intimidad genética plantea, por un lado, el debate sobre si constituye un derecho propio o una manifestación del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE. Se estructura en una doble vertiente: como derecho de defensa frente a la divulgación no autorizada y como derecho de autodeterminación sobre el acceso y uso de la información genética. Aunque la normativa española y europea ha fortalecido su protección, alineándose con la doctrina del *informationelle Selbstbestimmungsrecht*, lo cierto es que el respeto a la intimidad genética en el ámbito biomédico implica garantizar confidencialidad y respeto a la identidad cultural y de género. Así, este derecho se consolida como un pilar esencial en la bioética y la regulación del uso de datos genómicos.

Segundo: la información genética representa uno de los datos más íntimos de una persona, por lo que su protección es clave para preservar la dignidad humana. Ahora bien, la dignidad genética actúa como un límite ético y jurídico en la investigación científica y el uso del algoritmo en la genómica, siendo esencial un marco normativo que proteja la privacidad, garantice el consentimiento informado y evite prácticas discriminatorias, asegurando que el progreso biomédico se desarrolle con pleno respeto por los derechos fundamentales y la justicia social.

Tercero: la biodiversidad, esencial para el equilibrio ecológico y el bienestar humano, debe ser preservada. La diversidad genética representa, por un lado, un legado evolutivo y un recurso invaluable para la ciencia, la medicina y la biotecnología. Protegerla es un imperativo

ético y biológico, ya que permite la investigación y el desarrollo de tecnologías que benefician a la humanidad. La manipulación genética, por otro, debe ser limitada para evitar alteraciones que comprometan la diversidad y la integridad de la especie. Entonces, la identidad genética del ser humano es un bien jurídico protegido, y su preservación es clave para la sostenibilidad y equidad futuras.

En definitiva, la protección del genoma y la privacidad en el contexto europeo exige una integración efectiva entre la jurisprudencia especializada y los marcos normativos duros y blandos, articulando principios jurídicos vinculantes con estándares éticos y bioéticos internacionales. La jurisprudencia reciente del TEDH y del TJUE refuerza la necesidad de limitar el tratamiento automatizado de datos genéticos, exigiendo garantías reforzadas de proporcionalidad, necesidad y supervisión judicial, mientras que el derecho blando aporta flexibilidad y orientación ética ante los retos emergentes de la inteligencia artificial. Este equilibrio entre obligatoriedad legal y cultura ética configura una arquitectura normativa avanzada que ofrece referencias sólidas —tanto para el legislador como para el intérprete— y permite afrontar de manera rigurosa los riesgos inherentes al uso masivo de datos genéticos en sistemas automatizados, preservando la dignidad, la privacidad y los derechos fundamentales de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, C., “La protección de los datos personales ante el Tribunal Constitucional español”, en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N°. 23, 2010.
- ANDORNO, R., “La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”, en *Selecciones de Bioética*, Instituto de Bioética Cenalbe, Editorial Gente Nueva, 2002.
- ANDORNO, R., “Regulatory Discrepancies between the Council of Europe and the EU Regarding Biomedical Research”, en *Human Rights and Biomedicine*, 2010.
- AROYA PINÓS, X.: “Sobre la dignidad humana”, en *Cuadernos de Teología*, N°. 2, 2012.
- BATUECAS CALETRÍO, A., “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 29, 2015.

- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La protección de datos personales relacionados con la salud”, Ponencia del Defensor del Pueblo de Navarra, de fecha 27 de junio de 2012.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Reglamento general de protección de datos: novedades. Adaptación de la normativa española: El proyecto de LOPD”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 28, N°. Extra 1, 2018.
- BUENO DE MATA, F., “Protección de datos, investigación de infracciones penales e inteligencia artificial: novedades y desafíos a nivel nacional y europeo en la era postcovid”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N°. 150, 2021.
- CAMARERO SUÁREZ, M., “La manipulación genética y su incidencia en el derecho matrimonial canónico: Breves reflexiones”, en *Ius canonicum*, Vol. 39, N° Extra-1.
- CAMBRÓN INFANTE, A., “Los principios de protección de datos genéticos y la declaración de la UNESCO”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 8, 2004.
- CANO CABILDO, S.: “La dignidad como principio deontológico del humanismo”, en *Andamios: revista de investigación social*, N°. 48, Vol. 19, N°. 48, 2022.
- CÓRDOBA, M. y LIPKO, P., “Identidad personal y genética: reflexión sobre la cristalización de una estrategia”, en *Sophia: Colección de Filosofía de la Educación*, N°. 15.
- DÁVILA, J.A., “Dignidad humana colectiva como condición previa de los derechos humanos colectivos”, en *Pensamiento jurídico*, N°. 35, 2013.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., “¿Existe un derecho a la identidad genética?”, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, N° 730, 2008.
- DEL ÁGUILA TUESTA, F.R., “Identidad genética y filiación”, en *Vox Juris*, Vol. 28, N°. 2, 2014.
- DELGADO ROJAS, J.I., “Dietmar von der Pfordten”, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N°. 20, 2021.
- ENDERS, C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des artículo 1.1 GG*, Tübingen, 1997.
- ESCAJEDO SAN EPITANIO, L., “Identidad genética y libertad de ciencia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°. 17, 2013.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N°. 50, 1996.

- GARCÍA TOMA, V., “La dignidad humana y los derechos fundamentales”, en *Derecho & Sociedad*, N°. 51.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Los datos genéticos en el Tratado de Prüm”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N°. 7, 2007.
- JOVE VILLARES, D., “Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización”, en *Revista Derecho y Salud*, Año 1, N°. 1, 2017.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., “Los derechos humanos en la era de la biotecnología”, en MARTÍNEZ MORÁN, N., *Utopía y realidad de los derechos humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Madrid, UNED, 1999.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.: “Dignidad humana y genética”, en *10 palabras clave en nueva genética*, Editorial Verbo Divino, 2006.
- LACADENA CALERO, J.R., “Edición genómica: ciencia y ética”, en *Revista Iberoamericana de Bioética*, N°. 3, 2017.
- MARCOS DEL CANO, A.M., “La Bioética y el bioderecho desde los derechos humanos”, en *Bioética y derechos humanos*, UNED, 2011, págs. 19–46.
- MARÍN CASTÁN, M.: “En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”, en *Revista de Bioética y derecho: publicación del Máster en Bioética y derecho*, N°. 31, 2014.
- MARTÍNEZ MORÁN, N., “La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología”, en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 1, N°. 1, 2008.
- MARTÍNEZ PÉREZ, M.D., “El patrimonio genético de la humanidad como bien jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°. 29 (3ª época), 2023.
- MORENO LUCE, M.S., “El Proyecto Genoma Humano”, en *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, N°. 13, 2006.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas. Edersa, 1991.
- OLLERO TASSARA, A., “La ponderación delimitada de los Derechos Humanos. Libertad informativa e intimidad personal”, en *Revista de derecho*, N°. 7, 2000.

- ORTI VALLEJO, A., “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 2, 1994.
- ORTIZ, R. y otros, “La dignidad humana como fundamento de los derechos”, en *Semilla Científica*, Año 2, N° 2, 2021.
- PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Incidencia de la libertad ideológica en el derecho a la manipulación genética”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, N° 6, 1, 2006.
- PERIS RIERA, J. M. y GARCÍA GONZÁLEZ, J., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”, en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Madrid: Dykinson, 2005, págs. 105–121.
- PORRAS DEL CORRAL, M., “Biotecnología, Bioética y derechos humanos”, en RUIZ DE LA CUESTA, A. (coord.), *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, 2005, págs. 143–164.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Derechos Fundamentales”, en LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. y otros, *El Derecho y la justicia*, Vol. 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Trotta, Madrid, 1996.
- REBOLLO DELGADO, L., “Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar”, en *Revista de Derecho Político*, N° 58–59, 2003–2004, págs. 215–240.
- REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.^a edición actualizada, Madrid, Dykinson, 2005.
- ROMEO CASABONA, C.M., “La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho”, en *Acta Bioethica*, Vol. 8, N° 2, 2002, págs. 283–297.
- RUIZ MIGUEL, C., “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, N° 14, 2001.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “El derecho a la intimidad”, en *Cuadernos para el Diálogo*, n.º 66, 1969.
- SÁIZ RAMOS, M. y LARIOS RISCO, D., “El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas”, en *DS: Derecho y Salud*, Vol. 18, N° 1, 2019.

- SÁNCHEZ BRAVO, A.A., “La protección de los datos genéticos”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, N°. 3, 2005.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, N°. 8, 2018.
- SÁNCHEZ VILLANOVA, M., “A propósito de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 41, 2019.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos: la protección iusfundamental de los datos genéticos en el derecho español (a propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)”, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, N° 16, 2002, págs. 71–106.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (a propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (parte II)”, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, N° 17, 2002, págs. 135–175.
- SOLER MARTÍNEZ, J.A., “Protección constitucional de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías”, en *Anuario de derecho canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV*, N°. 11, 2022.
- SPINELLA, L., “El sujeto de derecho a reivindicar: la Humanidad.: La dignidad humana frente al patentamiento de la información genética humana”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N°. 116, 2012.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “Título V. Delitos relativos a la manipulación genética”, en *Comentarios al Código penal español*, Vol. 1, 2016, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2006, págs. 1103–1113.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., “El derecho a la intimidad genética. De las escuchas telefónicas a la transparencia del gen”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°. 42, 2002.
- WATSON, J.D., «The Human Genome Project: past, present, and future», en *Science*, núm. 248, 1990.

POLÍTICAS MIGRATORIAS EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS REPRESENTATIVOS DE LA UE: ESPAÑA, ITALIA, ALEMANIA, FRANCIA Y HUNGRÍA

MIGRATION POLICIES IN SOME REPRESENTATIVE EU
MEMBER STATES: SPAIN, ITALY, GERMANY, FRANCE AND
HUNGARY

IVÁN SOLER REAL

Doctorando en la Universidad Nacional de Educación a Distancia
(UNED)

Sumario: *I. Política migratoria en españa. II. Política migratoria en italia. III. Política migratoria en alemania. IV. Política migratoria en francia. V. Política migratoria en hungría. VI. Conclusiones.*

Resumen: Para entender los flujos migratorios en la UE, es importante conocer las políticas migratorias de los Estados miembros, es decir, sus leyes en esta materia, ya que estas afectan de alguna manera a los flujos migratorios en su conjunto, en el sentido de que los migrantes pueden decidir dirigirse a uno u otro Estado miembro debido a ellas. En este estudio, se analizan las políticas en materia de migración de una muestra representativa de Estados miembros de la UE, seleccionada minuciosamente, atendiendo a criterios geográficos y de volumen migratorio que soportan, con el fin de investigar y analizar la información obtenida. Estos países representan distintas localizaciones geográficas dentro del continente y tienen, a priori, distintas maneras de gestionar sus flujos migratorios. Dichos países son: España, Italia, Alemania, Francia y Hungría. Este artículo no tiene como objetivo encontrar un ganador en relación a la gestión de

la migración, sino más bien tener una visión objetiva y general de qué está pasando en los diferentes puntos de la UE, arrojando luz de esta manera sobre este tema controvertido.

Palabras clave: flujos migratorios, políticas migratorias, migración irregular.

Abstract: In order to understand migration flows in the EU, it is important to understand the migration policies of the Member States, that is, their laws on this matter, since these policies affect migration flows as a whole, in the sense that migrants may decide to go to one Member State or another due to them. This study analyses the migration policies of a carefully selected representative sample of EU Member States based on geographic criteria and the volume of migration they support, in order to research and analyse the information obtained. These countries represent different geographic locations within the continent and have, a priori, different ways of managing their migration flows. These countries are Spain, Italy, Germany, France, and Hungary. This article does not aim to find a winner in relation to migration management, but rather to obtain an objective and general view of what is happening in different parts of the EU, thus shedding light on this controversial issue.

Key words: migration flows, migration policies, irregular migration.

I. POLÍTICA MIGRATORIA EN ESPAÑA

España: Estado miembro de la UE, situado al sudoeste del continente, con una población de 48.592.909 habitantes, de los cuales 6.491.502 son extranjeros¹, un Producto Interior Bruto (en adelante PIB) per cápita de 30.320 euros, y un déficit actual del -3,64%². En el año 2023, 58.852 migrantes entraron de manera irregular en este Estado miembro, un 82,7% más que en 2022³. Sus fronteras terrestres interiores son con Portugal y Francia (Estados miembros de la UE) y exteriores con Reino Unido (Gibraltar) y con Marruecos (Ceuta y Melilla). La presión migratoria que sufre España viene dada por su

¹ Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística: Estadística Continua de Población (ECP) 1 de enero de 2024. Datos provisionales.

² Fuente: UE - Unión Europea 2024 | Datosmacro.com (expansion.com), <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/union-europea>

³ García, Y. (24 de enero de 2024). *En 2023 llegaron a España 56.852 inmigrantes irregulares, un 82% más que en 2022*. Obtenido de www.newtral.es: <https://www.newtral.es/inmigrantes-irregulares-2023/20240124/>

cercanía con el continente africano. Muchos migrantes deciden llegar a Europa a través de la ruta marítima del Mediterráneo Occidental, saliendo de países africanos como Marruecos, Argelia o Mauritania, con el fin de llegar a las costas españolas (ya sean peninsulares o de las islas Canarias o Baleares). Pero esta no es la única entrada de migrantes del país. Las fronteras aéreas son también fuente de entrada de migración; si bien, aunque algunas personas entran en este territorio de manera legal, en régimen de estancia (como turistas), permanecen en él de manera irregular, ya que no regularizan su situación administrativa en España (mediante la obtención de un permiso de residencia). Según el Instituto Nacional de Estadística, las principales nacionalidades de los migrantes durante el cuarto trimestre de 2023 fueron la colombiana (con 42.600 llegadas a España), seguida de la venezolana (27.300) y la marroquí (25.800).

La primera norma que garantiza los derechos de los extranjeros en España no es otra que la norma fundamental, siendo esta la Constitución Española⁴, que en su artículo 13.1 recoge literalmente que: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”, añadiendo el principio de no discriminación en su artículo 14, y el de igualdad ante la ley en su artículo 24. Según Bordonado Bermejo⁵, que estos derechos estén recogidos en la Constitución implica que las Administraciones Públicas están obligadas a su cumplimiento, y tienen prohibición expresa de vulneración de los mismos. Además, deben servir de líneas básicas de política, con independencia del gobierno que en cada momento exista.

Para regular todos los aspectos relativos a la migración, en España se creó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, popularmente conocida como Ley de Extranjería (en adelante LOEX), la cual, como su propio nombre indica, regula, entre otras cosas, los derechos y libertades de los extranjeros en España, su régimen jurídico, requisitos de entrada, tipos de estancia y residencia, así como el régimen sancionador. Esta Ley ha sido modificada y actualizada en diversas ocasiones a lo largo de los años para adaptarse a las nuevas realidades migratorias y a las cambiantes en las legislaciones europeas. El Artículo 2 bis define cuáles han de ser las políticas migratorias en nuestro

⁴ Constitución Española, Cortes Generales «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, Referencia: BOE-A-1978-31229.

⁵ Bordonado Bermejo, J. (2006). *El origen de los derechos y libertades de los extranjeros en España*. Estudios geográficos, 67(261), 417-439. <https://doi.org/10.3989/geo.2006.i261.27>

país, haciendo especial hincapié en la coordinación entre administraciones públicas, la ordenación de los flujos migratorios, su integración social, la igualdad, la garantía de sus derechos y la lucha contra los delitos derivados de la migración irregular. Esta hoja de ruta marca el papel que España quiere jugar en el panorama internacional.

Más tarde, se creó el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, trasponiendo así al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

La LOEX recoge tres tipos de infracciones: leves, graves y muy graves, cuyas penas pueden variar (hasta los 500 euros para las faltas leves, de 501 a 10.000 euros para las faltas graves, y de 10.001 hasta 100.000 euros para las muy graves (excepto la prevista en el artículo 54.2.b), así como expulsión del territorio para determinadas faltas graves y muy graves. Esta Ley sanciona la estancia irregular en el país en su artículo 53 a) como falta grave, pudiendo procederse a la pena de multa o expulsión, dependiendo de los casos. Respecto de la entrada irregular, esta Ley prevé la devolución, que llevaría aparejada la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

Por otro lado, el artículo 54 b) sanciona como falta muy grave a las personas u organizaciones que se lucran con la migración ilegal, eso sí, siempre que no constituya delito, esto es: *"b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito."* Una redacción muy parecida a esta queda plasmada en el Código Penal español⁶; si bien este recoge la acción incluso sin ánimo de lucro, por lo que, en caso de duda, habría que acogerse a la vía penal.

En materia de asilo, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, regula el derecho de asilo y a la protección subsidiaria. El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, se den motivos fundados para creer que, si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfren-

⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

tarían a un riesgo real de sufrir daños graves (artículo 4 de esta Ley). La Oficina de Asilo y Refugio, perteneciente al Ministerio del Interior, es la encargada de tramitar las solicitudes de protección internacional en España. El gobierno español ha destinado un presupuesto de 50 millones de euros para ayudar a los solicitantes de asilo en 2023 y 2024 que incluye: subsidio de alojamiento, ayuda alimentaria, asistencia médica, subsidio de transporte y formación profesional⁷. Según la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)⁸, 163.220 personas solicitaron asilo en España durante el año 2023.

En noviembre de 2024 se aprueba el Reglamento de Extranjería (Reloex)⁹, que deroga el anterior Reglamento de 2011¹⁰. Esta reforma introduce cambios en la normativa sobre visados, permisos de trabajo, arraigo y reagrupación familiar, reorganiza los procedimientos y establece nuevas categorías para la gestión de la residencia y el empleo de las personas extranjeras en el país¹¹.

Conviene tener en cuenta que el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo incluye el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración (RGAM), que reforma el actual Reglamento de Dublín III (aprobado por el Parlamento Europeo el 10 de abril de 2024). Este nuevo reglamento establece un nuevo mecanismo de solidaridad entre los Estados miembros para equilibrar el sistema actual, en el que unos pocos países son responsables de la inmensa mayoría de las solicitudes de asilo, así como normas claras sobre la responsabilidad en materia de solicitudes de asilo¹². Según el propio reglamento, *“se llegó a la conclusión de que la concepción del Reglamento Dublín III presentaba una*

⁷ Ayudas económicas para solicitantes de asilo en España. (s.f.). Obtenido de Responde un funcionario del Gobierno de España: <https://responde-funcionario-gob.es/ayudas-economicas-para-solicitantes-de-asilo-en-espana-2023/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20tipo%20de%20ayudas%20econ%C3%B3micas%20est%C3%A1n%20disponibles%3F%201,de%20Transporte%20...%205%205%20Formaci%C3%B3n%20Profesional%20>

⁸ Fuente: Más que cifras (masquecifras.org), <https://www.masquecifras.org/>

⁹ Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2024-24099>.

¹⁰ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

¹¹ González, L. (20 de mayo de 2025). Claves de la reforma del Reglamento de Extranjería: visados, arraigo, reagrupación y permiso único desde el primer día. Extraído de RTVE: <https://www.rtve.es/noticias/20250520/claves-nueva-ley-extranjeria/16577188.shtml>

¹² Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo (europa.eu): https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_6708

serie de deficiencias que dificultaban la consecución de sus principales objetivos. La jerarquía de criterios tal y como se establece en el Reglamento Dublín III no tiene en cuenta las realidades a las que hacen frente los sistemas de migración de los Estados miembros, y tampoco intenta lograr un equilibrio en cuanto a los esfuerzos realizados¹³.” España fue pionera en la implementación del citado Pacto europeo¹⁴. Para Ramírez¹⁵, las normas legales que integran el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo no resuelven los principales retos a los que se enfrenta en la materia la Unión Europea, ya que evitan la conformación de un verdadero sistema europeo común de asilo, eficiente, solidario y garantista.

Pero conviene recordar que cuando se habla de migración, se debe hablar también de integración. Y aquí me hago la siguiente pregunta: ¿existe alguna manera de medir los niveles de integración de un país? Pues parece ser que sí. MIPEX (por sus siglas en inglés *Migrant Integration Policy Index* o índice de políticas de integración de migrantes) es una herramienta única que mide las políticas para integrar a los inmigrantes en 56 países de seis continentes, incluidos todos los Estados miembros de la UE. Se publicó por primera vez en 2004 como Índice Europeo de Inclusión y Ciudadanía Cívica. La puntuación MIPEX se basa en un conjunto de indicadores que cubren ocho áreas de políticas que afectan a la integración de los migrantes. Esta herramienta se diseñó para comparar las leyes y políticas actuales con los estándares más altos, consultando con académicos e instituciones que utilizan y realizan investigaciones comparativas en su área de especialización. Las áreas de políticas de integración comparadas son las siguientes:

- Movilidad del mercado laboral;
- Reunificación familiar;
- Educación;
- Participación política;
- Residencia permanente;
- Acceso a la nacionalidad;

¹³ REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración].

¹⁴ www.lamoncloa.gob.es, (17 de marzo de 2025): <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/paginas/2025/170325-conferencia-sectorial-inmigracion.aspx>

¹⁵ Ramírez, J. M. P. (2024). *Blindar las fronteras de la Unión Europea para garantizar la libre circulación. El refuerzo del enfoque securitario en el nuevo Pacto sobre migración y asilo*. Revista de estudios políticos, 2024-(205), 57-90. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.205.03>

- Antidiscriminación;
- Salud.

La última lista publicada fue en el año 2020, y España tuvo una puntuación media de **60 puntos** sobre 100, siendo el área mejor puntuada el sistema de “salud” con 81 puntos sobre 100, y el área peor puntuada el “acceso a la nacionalidad” con 30 puntos sobre 100¹⁶.

II. POLÍTICA MIGRATORIA EN ITALIA

Italia: Estado miembro de la UE, situado en el sur de Europa, en el centro del mar Mediterráneo, con una población de 58.997.201 personas, un PIB per cápita de 35.350 € y un déficit del -7,40%¹⁷. Italia tiene una población extranjera de 5.308.000 personas¹⁸. Las fronteras terrestres del país son con Francia, Suiza, Austria y Eslovenia. La problemática migratoria viene dada por la proximidad del país con el continente africano, en especial con Túnez, Siria y Argelia, constituyendo la llamada ruta migratoria del Mediterráneo Central. Esta ruta, según la Agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX), tuvo aproximadamente 380.000 entradas ilegales en el año 2023¹⁹. Esto hace en muchos casos que las autoridades italianas se vean desbordadas ante la masiva llegada de migrantes irregulares, llegando a declarar en 2023 el Estado de Emergencia con el fin de contener esta situación mediante la creación de una doble estructura que, por un lado, permitiera alojar a los migrantes que llegaban y, por otro lado, procesar y repatriar a los que no cumplieran con los requisitos para permanecer en el país, destinando para ello una partida de cinco millones de euros²⁰.

¹⁶ Fuente: Spain | MIPEX 2020, <https://mipex.eu/spain>

¹⁷ Datos obtenidos de: UE - Unión Europea 2024 | Datosmacro.com (expansion.com), <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/union-europea>

¹⁸ *Demographic Indicators*. (2023). Obtenido de [istat.it: https://www.istat.it/en/archivio/295592](https://www.istat.it/en/archivio/295592)

¹⁹ *Significant rise in irregular border crossings in 2023, highest since 2016*. (26 de enero de 2024). Obtenido de Frontex: <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/significant-rise-in-irregular-border-crossings-in-2023-highest-since-2016-C0gGpm>

²⁰ Carbonaro, G. (13 de abril de 2023). *Why has Italy declared a state of emergency over migration? What impact will it have?* Obtenido de: <https://www.euronews.com/2023/04/13/why-has-italy-declared-a-state-of-emergency-over-migration-what-does-it-mean-in-practice>

En este punto, convendría recordar el famoso caso de Hirsi Jamaa y otros contra Italia²¹, de la Gran Cámara del TEDH, relativo a un “push-back” o devolución en caliente realizado por las autoridades italianas: Tres barcos con 200 migrantes a bordo, entre los que se encontraban 11 somalíes y 13 nacionales de Eritrea (los demandantes), habían zarpado de las costas libias para dirigirse a la isla italiana de Lampedusa. El 06/05/2009, cuando dichos barcos se encontraban a 35 millas náuticas de Lampedusa, si bien esas aguas son responsabilidad en términos de salvamento y rescate de Malta, tres embarcaciones de la *Guardia di Finanza* italiana (cuerpo policial) y Guardacostas interceptaron las barcas de los migrantes, transfiriéndolos a un buque militar italiano. Este buque militar se dirigió a Trípoli (Libia) y desembarcó allí a los migrantes sin informarles en ningún momento de su retorno a tierras libias. El primer ministro italiano manifestó que esta devolución fue fruto de un acuerdo bilateral entre las autoridades italianas y libias en un intento de luchar contra la inmigración clandestina. El TEDH falló en contra de Italia, dado que, según la sentencia, había violado los derechos fundamentales de estos migrantes, poniendo especial hincapié en el principio de *non-refoulement* que había sido transgredido, poniendo con esa devolución en riesgo la vida de estos solicitantes de asilo. Esta sentencia histórica puso en el punto de mira a los llamados “push-backs”, denunciándose así algunas de las prácticas que venían haciendo algunos Estados miembros de la UE que sufren con más intensidad la presión migratoria.

En materia de integración de migrantes, Italia tiene un curioso sistema. En el año 2012, se creó un acuerdo para la integración de los migrantes llamado “*Accordo d'integrazione*”, el cual afecta a los extranjeros, mayores de 16 años, que ingresan por primera vez en el territorio italiano y desean solicitar un permiso de residencia de al menos un año. Este acuerdo, que debe ser firmado por el solicitante, garantiza el disfrute de los derechos fundamentales y proporciona las herramientas que permitan la adquisición de la lengua, la cultura y los principios de la Constitución italiana; si bien el migrante adquiere el compromiso de respetar las reglas de la sociedad civil, adquiriéndose así un interés mutuo, y cuyo objetivo final es la integración de los migrantes con el resto de la población²². Esto le da al migrante un plazo de dos años para reunir un cupo de al menos 30 créditos, los cuales se obtienen mediante la adquisición de conocimientos en

²¹ CASE OF HIRSI JAMAA AND OTHERS v. ITALY. (Application no. 27765/09).

²² MINISTERO DELL'INTERNO. *Dipartimento Libertà Civili e Immigrazione* (s.f.). Obtenido de [interno.gov.it: http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/accordo-dintegrazione](http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/accordo-dintegrazione)

temas tales como: lengua italiana (nivel A2), cultura cívica y vida civil italiana. Dichos créditos se consiguen mediante la realización de determinadas actividades, como cursos de formación profesional, alta en el servicio nacional de salud, o por la realización de un contrato de arrendamiento o adquisición de una vivienda, entre otros. Pero estos créditos también pueden perderse en algunos casos, como por ejemplo por la comisión de un delito o por la violación grave de lo dispuesto en las leyes italianas. La obtención de estos créditos es señal del cumplimiento de los objetivos de integración marcados, y es indispensable para la renovación de los permisos de residencia. Sin embargo, varias categorías de migrantes están exentas de este requisito, como son: las víctimas de trata de seres humanos, los menores no acompañados, los discapacitados, los beneficiarios de protección internacional o humanitaria, los residentes de larga duración o los familiares de ciudadanos de la UE²³.

El Decreto Legislativo n.286/1998, es la legislación que regula la materia de extranjería en Italia. Este Decreto regula la expulsión administrativa en su artículo 13, por los siguientes motivos: por orden público y seguridad del Estado, cuando el extranjero entra en el territorio del Estado evadiendo los controles fronterizos, cuando permanezca sin haber solicitado el permiso de residencia dentro del plazo señalado, y cuando el extranjero sea sometido a un proceso penal, a no ser que existan necesidades procesales.

La Ley n. 94, del 15/07/2009, introduce el delito de entrada y permanencia ilegal en el territorio del Estado italiano²⁴, por lo que se establece que quien entre o permanezca en Italia sin permiso comete un delito de inmigración ilegal, castigable con una multa de 5.000 a 10.000 euros. Así mismo, para luchar contra las organizaciones criminales que se lucran de la entrada de migrantes irregulares, castiga a quien promueva, dirija, organice, financie o realice el transporte de extranjeros en el territorio del Estado o realice otros actos encaminados a facilitar ilegalmente su entrada en el territorio del Estado, o de otro Estado del que la persona no sea ciudadana o no tenga derecho a residencia permanente, sancionando con pena privativa de libertad de uno a cinco años y multa de 15.000 euros por cada persona. Este hecho se agrava con pena privativa de libertad de cinco a quince años y multa de 15.000 euros por cada persona, cuando:

²³ *European Commission. European Website on Integration.* (s.f.). Obtenido de Governance of migrant integration in Italy: https://migrant-integration.ec.europa.eu/country-governance/governance-migrant-integration-italy_en

²⁴ Legge n. 94. (13 de 04 de 2017), la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, Italia.

- a) El hecho se refiere a la entrada o estancia ilegal en el territorio del Estado de cinco o más personas;
- b) la persona transportada estuvo expuesta a peligro para su vida o seguridad para facilitar su entrada o estancia ilegal;
- c) la persona transportada haya sido sometida a tratos inhumanos o degradantes para facilitar su entrada o estancia ilegal;
- d) el delito es cometido por tres o más personas de común acuerdo entre sí o utilizando servicios de transporte internacional o documentos falsificados, alterados u obtenidos de otro modo ilegalmente;
- e) los autores del delito tengan acceso a armas o materiales explosivos”;

De esta forma, se agravan las penas a las personas u organizaciones que no solo favorezcan la migración irregular, sino que también lo hagan de manera masiva, pongan en peligro a los migrantes, los maltraten, tengan acceso a armas, o utilicen documentación falsificada para lograr su objetivo.

Italia registró en 2023 un total de 135.820 solicitudes de asilo, lo que representa el 9% del total de solicitudes de la UE²⁵.

La Ley n. 46/2017²⁶, también conocida como *Ley Minniti*, por el ministro del Interior italiano que la impulsó, es una ley hecha con carácter de urgencia para acelerar los procedimientos en materia de protección internacional y para el contraste de la inmigración indocumentada, así como para fortalecer la red para proceder a la expulsión de los migrantes en situación irregular, creando para ello una red de Centros de Permanencia para la Repatriación, para albergar a estos migrantes. Esta Ley, para autores como Valentina Cappelletti²⁷, tiene visos de inconstitucionalidad, ya que, según la citada autora, busca agilizar los procedimientos para el análisis de las impugnaciones de los migrantes sobre las solicitudes de asilo denegadas, y aumentar las expulsiones de los inmigrantes más incómodos, esto es, los que llegan por la ruta de Libia.

²⁵ *European Council*. (11 de abril de 2024). Obtenido de Asylum applications in the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

²⁶ Legge n. 46 (13 de 04 de 2017), la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, Italia.

²⁷ Cappelletti, V. (2018). La Ley Minniti sobre la gestión de los solicitantes de asilo en Italia y su emergencia inconstitucional. *Migraciones Internacionales*, 9(4), 239-248.

Fruto de controversia también ha sido la reciente ley italiana n. 50/2023, que establece disposiciones urgentes para prevenir la migración irregular, todo ello promovido después del naufragio de un barco de migrantes, en las costas de *Steccato di Cutro* (Calabria), en el que 64 personas resultaron muertas y al menos 30 desaparecidas. Esta Ley limita el estatus de protección especial, por el cual un migrante podía residir en Italia por 2 años, y conseguir posteriormente un permiso de residencia y trabajo.

En relación con las políticas de integración, Italia tiene una puntuación media en MIPEX de **58 puntos** sobre 100, siendo el área mejor valorada “salud”, con 79 puntos sobre 100, y la peor valorada la “participación política”, con 20 puntos sobre 100²⁸.

III. POLÍTICA MIGRATORIA EN ALEMANIA

Alemania es un Estado miembro de la UE, situado en Europa central, con una población de 84.358.845 habitantes, un PIB per cápita de 48.750 €, y un déficit de -2,50%²⁹, siendo en la actualidad la tercera economía del mundo³⁰. Alemania tenía en 2020 una población extranjera de 15.762.457 personas (no existen datos estadísticos actualizados por la *Destatis Statistisches Bundesamt* (Oficina Federal de Estadística)), si bien se estima que en los últimos años la población en general ha aumentado en 1.1 millones, gracias a la llegada de extranjeros³¹. Según *Los Angeles Times*, en Alemania hay 18.9 millones de personas, las cuales son inmigrantes o hijos de inmigrantes, lo que supondría el 23% de la población alemana³². Sus fronteras terrestres son con: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Francia, Suiza, Austria, Chequia, Polonia y Dinamarca. Como estos países son Estados miembros del Espacio Schengen, estas fronteras son interiores, es decir, no existen controles fronterizos formales entre ellos. Esto hace que

²⁸ Fuente: Italy | MIPEX 2020, <https://mipex.eu/italy>

²⁹ Datos obtenidos de: UE - Unión Europea 2024 | Datosmacro.com (expansion.com)

<https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/union-europea>

³⁰ Alemania: Economía y demografía 2024 | Datosmacro.com (expansion.com)

<https://datosmacro.expansion.com/paises/alemania>

³¹ Reuters. (19 de enero de 2023). *La inmigración llevará a la población alemana a un récord en 2022*. Obtenido de euronews: <https://es.euronews.com/2023/01/19/alemania-estadisticas-poblacion>

³² Associated Press. (02 de marzo de 2023). *Los Angeles Times*. Obtenido de Inmigrantes o hijos de inmigrantes son un 23% en Alemania:

<https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2023-03-02/inmigrantes-o-hijos-de-inmigrantes-son-un-23-en-alemania>

la mayoría de las entradas de migrantes irregulares en Alemania no puedan ser detectadas, ya que estas entradas se realizan a través del espacio Schengen.

De acuerdo con el informe presentado por la jefa del Programa de Migración de la DGAP (Consejo Alemán sobre Relaciones Exteriores), Victoria Rietig³³, Alemania es el primer destino para los migrantes que llegan a Europa. Según su informe, la política migratoria en Alemania ha cambiado sustancialmente en los últimos años, con tres principales acontecimientos que impulsaron este cambio: la crisis humanitaria de 2015 y 2016, la llegada de refugiados ucranianos en 2022 tras la invasión rusa y la elección de un nuevo gobierno en 2021, con el llamado “*cambio de paradigma*”, que cambia el punto de vista en materia de migración respecto a la era Ángela Merkel. Este cambio de paradigma se refiere al objetivo del nuevo canciller Olaf Scholz, de aumentar la migración regular y disminuir la migración irregular. Para ello ha desarrollado un marco legislativo con tres puntos claves:

1. Regularizar a los migrantes en situación irregular: *Chancen-Einwanderungsgesetz* (que se podría traducir por: *Ley de Oportunidad para la Inmigración*) es una ley alemana creada en 2022 que da a las personas en situación irregular un periodo de prueba de 18 meses en el que reciben un estatus legal temporal. Durante este tiempo, los migrantes pueden trabajar para cumplir los requisitos para su regularización, como conseguir el umbral de ingresos mínimos, habilidades lingüísticas requeridas y los documentos de identidad necesarios. El cumplimiento de estas condiciones puede permitirles cambiar a un estatus legal más permanente. El objetivo final de esta Ley es reducir el número de personas en situación irregular.
2. Facilitar la nacionalidad alemana: Para ello, la nueva Ley sobre la Ciudadanía en Alemania (2024) ha reducido el requisito de tiempo de permanencia legal mínimo en el país de 8 años a 5 años (en casos excepcionales, 3 años para los extranjeros con logros académicos o profesionales excepcionales, socialmente activos o con elevados conocimientos lingüísticos). Así mismo, apuesta por la doble nacionalidad, por lo que el solicitante no tiene que renunciar a su nacionalidad originaria para obtener la nacionalidad alemana.

³³ Rietig, V. (11 de 2023). *The political economy of migration policies in Germany*. Obtenido de feps-europe.eu: <https://feps-europe.eu/wp-content/uploads/2023/11/FEPS-POLICY-BRIEF-GERMANY.pdf>

3. Ampliar las oportunidades laborales de la migración legal: La Ley de Inmigración de Personal Cualificado (FEG, por sus siglas en alemán), del año 2023, pretende atraer al personal con educación universitaria, así como a otros trabajadores cualificados de terceros países, mediante una serie de medidas que facilitan el ingreso del migrante en el mercado laboral. Esta Ley facilita el acceso de estos profesionales a la obtención de la Tarjeta Azul de la UE (permiso especial regulado en la Directiva 2021/1883³⁴ que permite al personal altamente cualificado trabajar en Europa), realizando una serie de medidas con el fin de facilitar y simplificar el acceso a ella, tales como la reducción del límite salarial para obtenerla, acceso más sencillo a especialistas sin título de grado universitario, facilidad para el traslado de la familia del profesional o facilidad para la homologación de títulos. Esta serie de medidas pretende atraer a todo tipo de personal cualificado, pero en especial a especialistas en los campos con poca oferta y alta demanda, que actualmente son las matemáticas, las ciencias naturales, la ingeniería y la medicina humana³⁵.

Con estas políticas, Alemania apuesta por la búsqueda y contratación de trabajadores extranjeros con el fin de seguir impulsando el motor de su economía. Mi opinión personal a este respecto es que Alemania lleva muchas décadas recibiendo mano de obra extranjera, lo cual ha ayudado a convertir a la economía alemana en una de las más importantes del mundo, por lo que donde otros ven un problema en los fenómenos migratorios, Alemania ve una solución. En palabras de Victoria Rietig, Alemania no pretende solo atraer a trabajadores extranjeros, sino que también quiere mantenerles en el país de manera permanente. El gobierno alemán es consciente de que la red de seguridad social de Alemania depende de la migración y los inmigrantes ayudan a estabilizar los sistemas sociales, especialmente los sistemas de pensiones y de atención médica.

Alemania registró en 2023 un total de 351.510 solicitudes de asilo, lo que representa el **25% del total de solicitudes de la UE**³⁶. La ma-

³⁴ DIRECTIVA (UE) 2021/1883 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por la que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo.

³⁵ Rasche, U. (1 de noviembre de 2023). *Mayor rapidez y menos burocracia*. Obtenido de deutschland.de: <https://www.deutschland.de/es/la-ley-de-inmigracion-de-personal-cualificado>

³⁶ *European Council*. (11 de abril de 2024). Obtenido de Asylum applications in the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

yoría de los solicitantes de asilo provenían de Siria, Afganistán, Iraq y Turquía.

Sin embargo, esto no significa que Alemania no quiera prevenir la migración irregular. En el año 2023, Alemania aprobó la *Ley de Mejora de la Repatriación* con el fin de agilizar los trámites de los solicitantes de asilo, con un doble objetivo: por un lado, otorgar el estatus de refugiado a quien de verdad lo merezca con mayor rapidez y, por el otro, deportar a aquellos cuyas peticiones hayan sido rechazadas. Con esta ley, Alemania realizó un total de 16.430 deportaciones en el año 2023, un 27% más que en el año anterior³⁷.

Respecto a la lucha contra la inmigración irregular, la *Ley sobre residencia, empleo e integración de extranjeros en el territorio federal* (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*) regula la materia de extranjería. En su Capítulo 9 (Sanción de infracciones penales y multas), Sección 9 (Disposiciones penales), la ley sanciona con penas de hasta un año de prisión o multa, a quien resida en territorio federal sin permiso de residencia necesario, así como la entrada irregular. Además, castiga con penas de prisión de hasta 3 años o multa a los que entren ilegalmente o residan de forma irregular contraviniendo una prohibición de entrada interpuesta anteriormente. Respecto al tráfico de personas (Sección 96), la ley alemana de extranjería sanciona con una pena de prisión de 4 meses a 5 años a quien incite a otra persona a cometer o le ayude a cometer una entrada ilegal en el territorio, siempre que haya un beneficio pecuniario o promesa de ello. Esta pena se agrava con prisión de 6 meses a 10 años, a quienes:

1. Actúen con fines lucrativos.
2. Actúen como miembros de una banda que se ha reunido con el fin de cometer tales delitos de forma continuada.
3. Porten un arma de fuego.
4. Porten otro tipo de arma para utilizarla en relación con el delito.
5. Sometan a las personas objeto de tráfico ilícito a tratos potencialmente mortales, inhumanos o humillantes o a un riesgo de daños graves a su salud.

³⁷ Cadenas, J. F. (19 de enero de 2024). *Alemania aprueba una ley para facilitar la deportación de solicitantes de asilo que hayan sido rechazados*. Obtenido de [www.newtral.es](https://www.newtral.es/alemania-deportacion-migrantes/20240119/): <https://www.newtral.es/alemania-deportacion-migrantes/20240119/>

En materia de integración, Alemania tiene una puntuación media en MIPEX de 58 puntos sobre 100. El área de política de integración mejor puntuada es “*movilidad en el mercado laboral*”, con 81 puntos sobre 100, y el peor puntuado es “*acceso a la nacionalidad*” y “*reunificación familiar*”, ambos con 42 puntos sobre 100³⁸; si bien hay que recordar que este estudio se realizó en el año 2020, antes del cambio de las políticas anteriormente expuesto.

IV. POLÍTICA MIGRATORIA EN FRANCIA

Francia es un Estado miembro de la UE, situado en la Europa occidental, con una población de 68.172.977 habitantes, con un PIB per cápita de 40.800 €, y un déficit de un -4,80%³⁹. Según el Instituto Nacional de Estadística francés INSEE (*Institut national de la statistique et des études économiques*), en 2022, Francia tenía una población extranjera de 7.007.000 personas, lo que suponía un 10,3% de la población francesa⁴⁰, de los cuales, el 48,2% son de origen africano, siendo las nacionalidades más frecuentes la argelina (12,5%) y la marroquí (11,9%). Conviene recordar que, en 1960, África vivió un proceso de enorme trascendencia en la lucha contra el colonialismo. Ese año, se generó un efecto dominó en el que 14 colonias francesas y otras colonias inglesas y belgas consolidaron sus movimientos independentistas, con el fin de acabar con más de un siglo de colonialismo. Estos procesos de descolonización en África se vieron acelerados en 1954, cuando Francia perdió la guerra en Indochina y en Argelia el Frente de Liberación Nacional inició su insurrección, contexto que lleva a Francia a entrar en una confrontación por cuatro años⁴¹. Por lo tanto, las principales razones para elegir este país como destino para los ciudadanos de las excolonias francesas pudieran ser, por una parte, el conocimiento de la lengua y, por otra, la reagrupación familiar. Cabría destacar que en la década de los 70, con el auge económico de Francia, los argelinos llegarían a conformar cerca del total de la población inmigrante en Francia, pues se promovió la migración de personas inactivas con el objetivo de reagrupar familias. Sin embar-

³⁸ Fuente: Germany | MIPEX 2020, <https://mipex.eu/germany>

³⁹ datos obtenidos de: UE - Unión Europea 2024 | Datosmacro.com (expansion.com)

<https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/union-europea>

⁴⁰ *L'essentiel sur... les immigrés et les étrangers*. (29 de agosto de 2024). Obtenido de INSEE: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3633212#onglet-1>

⁴¹ Visotsky, J., Reyes, J., (2022) ‘*Los derechos de los pueblos y la descolonización de África en diálogo con perspectivas críticas en torno al territorio y la interseccionalidad*’, *Revista nuestraAmérica*, 10(19), pp. 1–11.

go, en los 80, con la recesión económica, se dificultó el asentamiento de migrantes argelinos en Francia. El pueblo francés votó en las elecciones a la extrema derecha, lo que conllevó poner en tela de juicio las medidas migratorias, con el fin de endurecerlas aún más. Ello creó un sentimiento de rechazo en los argelinos, considerándose *français de papier*⁴² (esta expresión es una fórmula xenófoba que fue utilizada por la prensa antisemita y nacionalista antes de la Segunda Guerra Mundial, y luego relanzada por el Frente Nacional. Difundida de nuevo por los partidos de derecha franceses, sirve para rechazar a una parte de la población considerada “indigna”).⁴³

En cuanto a sus fronteras, Francia tiene frontera terrestre con España, Italia, Mónaco, Suiza, Alemania, Luxemburgo y Bélgica. Francia tiene territorios de ultramar, los cuales pertenecen a las denominadas regiones ultraperiféricas de la UE. Estas regiones, enfrentan dificultades relacionadas con sus características geográficas, en particular: la lejanía, la insularidad, su reducida superficie y un relieve y un clima adversos. Estos son los cinco departamentos franceses de ultramar: la Guayana Francesa (en el continente americano), Guadalupe (en el mar Caribe), Martinica (en el mar Caribe), Mayotte (en el océano Índico), la Reunión (en el océano Índico) y la colectividad francesa de ultramar de San Martín (en el mar Caribe)⁴⁴.

Sin embargo, una de las más conflictivas rutas migratorias pasa por su territorio, si bien esta ruta no es de entrada, sino de salida. El Canal de la Mancha es el estrecho que separa Francia e Inglaterra. Esta ruta de salida hacia Reino Unido es utilizada por miles de migrantes irregulares cada año. De acuerdo con los datos publicados por Frontex, en el año 2023 fueron detectadas un total de 62.047 salidas irregulares en ese punto⁴⁵. Esto significa que Francia no es solo un país de acogida, sino que además es un país de tránsito para los migrantes cuyo destino final es Reino Unido. La llegada de migrantes

⁴² Rovira, P. C. (10 de febrero de 2021). *El fenómeno migratorio argelino en la República francesa tras la independencia de Argelia*. Obtenido de FEI: <https://www.fei.org.es/2021/02/10/migracion-argelina-republica-francesa-tras-independencia-argelia/>

⁴³ Bherer, M.-O. (25 de octubre de 2025). « *Français de papier* », une formule xénophobe au service de la division de la nation. Obtenido de Le Monde: https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/10/25/francais-de-papier-une-formule-xenophobe-au-service-de-la-division-de-la-nation_6196300_3232.html

⁴⁴ Gouardères, F. (s.f.). *Las regiones ultraperiféricas (RUP)*. Obtenido de Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/100/las-regiones-ultraperifericas-rup->

⁴⁵ *Significant rise in irregular border crossings in 2023, highest since 2016*. (26 de enero de 2024). Obtenido de Frontex: <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/significant-rise-in-irregular-border-crossings-in-2023-highest-since-2016-C0gGpm>

a Reino Unido en pequeñas embarcaciones o pateras era algo residual antes del año 2019, momento en el cual se experimentó un gran aumento del flujo migratorio. Según las estadísticas del gobierno británico, las entradas irregulares utilizando este sistema suponían, en junio del 2023, un 85% del total de las entradas irregulares al país, muy por encima de las entradas detectadas en aeropuertos, puertos o las detectadas una vez los migrantes se encuentran en territorio inglés. Un dato curioso es que la mayoría de estos migrantes llegados a Reino Unido desde Francia mediante esta ruta solicitan asilo una vez interceptados (un 90% de ellos) ⁴⁶.

Según el gobierno francés en sus estadísticas publicadas⁴⁷, en 2023 se realizaron un total de 17.048 expulsiones de extranjeros en situación irregular, entendiéndose por expulsiones en el referido estudio tres categorías: expulsiones forzadas, expulsiones asistidas, y expulsiones espontáneas (sin coacción ni asistencia, tras haberse decretado alguna medida de expulsión; los datos de esta categoría son parciales). Por otra parte, Francia registró en 2023 un total de 166.880 solicitudes de asilo, lo que representa el 16% del total de las solicitudes de asilo de la UE⁴⁸.

También en 2023, Francia aprobó la polémica reforma de las leyes de migración francesa vigentes, llamada *Ley para el control de la inmigración y mejora de la integración* (*loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*), creándose a su alrededor una gran controversia en el ámbito político, ya que esta ley endurecía algunos puntos respecto a la ley anterior, modificando plazos, reestructurando procedimientos y endureciendo las penas y medidas a adoptar para los extranjeros que cometen infracciones penales. En palabras del ministro de Interior francés Gérald Darmanin: “*El texto migratorio ha sido votado definitivamente. Representa un largo combate para integrar mejor a los extranjeros y expulsar a aquellos que cometieron actos de delincuencia. Es un texto fuerte y firme*”⁴⁹. Esta ley, cuyo objetivo

⁴⁶ *Irregular migration to the UK, year ending June 2023*. (14 de noviembre de 2023). Obtenido de [www.gov.uk](https://www.gov.uk/government/statistics/irregular-migration-to-the-uk-year-ending-june-2023): <https://www.gov.uk/government/statistics/irregular-migration-to-the-uk-year-ending-june-2023>

⁴⁷ *Les chiffres 2023*. (25 de enero de 2024). Obtenido de Le Ministère de l'Intérieur: <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/fr/Info-ressources/Etudes-et-statistiques/Chiffres-cles-sejour-visas-eloignements-asile-acces-a-la-nationalite/Les-chiffres-2023-publication-annuelle-parue-le-25-janvier-2024>

⁴⁸ *European Council*. (11 de abril de 2024). Obtenido de Asylum applications in the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

⁴⁹ RFI. (20 de diciembre de 2023). *Francia se alinea con la Unión Europea con una nueva ley migratoria*. Obtenido de RFI: <https://www.rfi.fr/es/francia/20231220-francia-se-alinea-con-uni%C3%B3n-europea-con-una-nueva-ley-de-migracion>

era modificar las distintas legislaciones vigentes sobre migración, así como las de asilo y refugio, fue promulgada y adoptada en enero del 2024 como la *Ley n.º 2024-42, de 26 de enero de 2024, para controlar la inmigración y mejorar la integración*⁵⁰, si bien el texto original no fue aprobado en su totalidad. Esta ley consta de 86 artículos, de los cuales han sido censurados varios de ellos por el Consejo Constitucional francés y borrado su contenido. En su lugar, queda la leyenda: “*Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n.º 2023-863 DC du 25 janvier 2024*” (Disposiciones declaradas no conformes con la Constitución mediante decisión del Consejo Constitucional n.º 2023-863 DC del 25 de enero de 2024), dejando así la ley con su estructura inicial. Esta Ley consta de un total de 8 títulos:

- Título I: Vías principales de acceso a la residencia y lucha contra la inmigración irregular (arts. 1-19), en el que destaca la posibilidad de retirar permiso de residencia temporal o plurianual, a todo extranjero que haya cometido actos castigados con condenas previstas en el Libro II del Código Penal francés (art. 7).
- Título II: Garantizar una mejor integración de los extranjeros a través del trabajo y el idioma (arts. 20-34); donde se toman una serie de medidas como la posibilidad de conceder un permiso de residencia y trabajo al extranjero que haya ejercido una actividad profesional asalariada que figure en la lista de profesiones y zonas geográficas caracterizadas por dificultades de contratación (a no ser que haya sido condenado, incapacitado o inhabilitado) (art. 27); así mismo, facilita el acceso al permiso de residencia temporal por una duración máxima de 4 años al personal cualificado que reúna una serie de condiciones (art. 30).
- Título III: Mejorar el sistema de extradición de extranjeros que constituyen una grave amenaza para el orden público (arts. 35-46), en el que se adoptan penas de expulsión del territorio francés, definitivas o por un período máximo de años, contra cualquier extranjero culpable de un delito castigado con pena de prisión de duración igual o superior a tres años, o de un delito cuya pena sea la expulsión del territorio, o cuando los hechos constitutivos de delito se hayan cometido contra su cónyuge, un ascendiente o sus hijos o cualquier hijo sobre quien ejerza

⁵⁰ LOI no 2024-42 (26 de enero de 2024) *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*. Journal officiel électronique authentifié n° 0022 du 27/01/2024.

la patria potestad, o bien, contra una persona que ostente un cargo público (art. 35).

- Título IV: Actuar para la ejecución efectiva de las decisiones de extradición (arts. 47-52). En un claro esfuerzo por penalizar a los Estados que no cooperan con la readmisión de sus nacionales en situación irregular o que no respetan los acuerdos bilaterales de gestión multilateral de flujos migratorios, el gobierno francés se guarda el derecho de denegar visados de corta duración a los titulares de pasaporte diplomático o de servicio nacionales de estos Estados, o de denegar los visados de larga duración a cualquiera de los nacionales de dichos Estados.
- Título V: Sancionar la explotación de extranjeros y controlar las fronteras (arts. 53-61). En este título se modifican algunas penas de prisión y multas en las sanciones referentes a la explotación de extranjeros.
- Título VI: Inicio de una reforma estructural del sistema de asilo (arts. 62-71). Entre otras cosas, se determina la implantación gradual de una serie de oficinas llamadas “France asile”, que actuarán como centros territoriales para tratar las solicitudes de asilo, y se reestructura el procedimiento.
- Título VII: Simplificar las normas relativas a los litigios administrativos de entrada, permanencia (residencia) y extradición de extranjeros (arts. 72-79). En este título también se reestructuran los procedimientos administrativos y judiciales a este respecto.
- Título VIII: Disposiciones relativas a ultramar y entrada en vigor (arts. 80-86).

En líneas generales, los cambios más significativos de esta reforma son⁵¹:

- Que los extranjeros que sean víctimas de “trata de seres humanos” y que hayan presentado una denuncia recibirán un permiso de residencia mientras dure el procedimiento penal.
- Se crean nuevos motivos de denegación de expedición, renovación o retirada de tarjetas de residencia temporal (fraude documental, delitos cometidos contra funcionarios electos o públicos, etc.).

⁵¹ Vie publique. (27 de enero de 2024). *Loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*. Obtenido de [www.vie-publique.fr: https://www.vie-publique.fr/loi/287993-loi-immigration-integration-asile-du-26-janvier-2024](https://www.vie-publique.fr/loi/287993-loi-immigration-integration-asile-du-26-janvier-2024)

- La grave amenaza al orden público se convierte en motivo de no renovación o retirada de la tarjeta de residente.
- Además, para la renovación de determinados títulos antiguos se impone la condición de residencia habitual en Francia.
- Así mismo, esta ley tiene como objetivo facilitar la expulsión de extranjeros que representen una amenaza grave para el orden público.
- Permite la expulsión de los extranjeros legales, incluso aquellos que hayan estado presentes durante mucho tiempo en Francia o que tengan allí vínculos personales y familiares, siempre que hayan sido condenados por delitos o infracciones castigados con al menos 3 años de prisión (o 5 años según la situación del extranjero), o involucrados en actos de violencia contra funcionarios electos o funcionarios públicos.
- Al mismo tiempo, el juez puede ordenar de manera más amplia una prohibición de entrada al territorio francés.
- La ley también elimina las protecciones de las que disfrutaban determinados extranjeros irregulares (extranjeros que llegaron a Francia antes de los 13 años, cónyuge de un francés, etc.) contra la obligación de abandonar el territorio francés.
- El texto autoriza la creación de un fichero de menores infractores extranjeros no acompañados.

La ley francesa en materia de extranjería se llama *Código de entrada y estancia de extranjeros y derecho de asilo*⁵², la cual ha sido modificada en varias ocasiones desde su creación. Esta ley castiga la entrada irregular⁵³ en su territorio al extranjero que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea con un año de prisión y una multa de 3.750 euros. Además, el tribunal podrá prohibir al extranjero condenado, por un período que no podrá exceder de tres años, entrar o permanecer en Francia. La exclusión del territorio conlleva automáticamente la deportación del condenado, en su caso, al término de la pena de prisión. En caso de estancia irregular (residentes en situación irregular), este código contemplaba en el pasado una pena similar a la de entrada irregular, pero este artículo fue derogado en la reforma del 2012, por lo que a los extranjeros en esta situación solo se les puede aplicar una orden de expulsión. Así mismo, castiga con pena de prisión de 5 años y multa de 30.000 euros, a toda persona

⁵² Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 22 février 2005.

⁵³ Art. L-621-2

que, mediante asistencia directa o indirecta, facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia ilegal de un extranjero en Francia⁵⁴. Es destacable que esta ley castiga al que facilite, no importando el ánimo de lucro que pudieran mover sus acciones, como ocurre en otros códigos. Esta pena se agrava con diez años de prisión y 750.000 euros, cuando:

- 1.º Cuando se cometan en banda organizada;
- 2.º Cuando se cometan en circunstancias que expongan directamente a los extranjeros a un riesgo inmediato de muerte o de lesiones que puedan provocar mutilación o enfermedad permanente;
- 3.º Cuando tengan por efecto someter a los extranjeros a condiciones de vida, de transporte, de trabajo o de alojamiento incompatibles con la dignidad de la persona humana;
- 4.º Cuando se cometan mediante autorización o permiso de circulación en la zona reservada de un aeródromo o de un puerto;
- 5.º Cuando tengan por efecto, para los menores extranjeros, alejarlos de su entorno familiar o de su entorno tradicional.

En relación con MIPEX, en materia de integración, Francia tiene una puntuación media de 56 puntos sobre 100. El área de política de integración mejor puntuada en este estudio es la “*antidiscriminación*”, con 79 puntos sobre 100, y la peor puntuada es la “*educación*”, con 36 puntos sobre 100⁵⁵.

V. POLÍTICA MIGRATORIA EN HUNGRÍA

Hungría: Estado miembro de la UE, situado en Europa del Este, con una población de 9.599.744 habitantes, con un PIB per cápita de 20.480 € y un déficit de un -6,70%⁵⁶. Sus fronteras terrestres son interiores con Croacia, Eslovenia, Austria, Eslovaquia y Rumania; y exteriores con Ucrania y Serbia. En 2020, la población extranjera en Hungría era de 584.567 personas⁵⁷, siendo los más numerosos los nacionales de Rumania (214.514), Ucrania (70.944) y Serbia (48.194).

⁵⁴ Art. L-622-1.

⁵⁵ France | MIPEX 2020, <https://mipex.eu/france>

⁵⁶ Datos obtenidos de: UE - Unión Europea 2024 | Datosmacro.com (expansion.com)

<https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/union-europea>

⁵⁷ Hungría - Inmigración 2020 | Datosmacro.com (expansion.com)

<https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/inmigracion/hungria>

Conviene recordar que estos datos son anteriores a la guerra de Ucrania, por lo que el número de personas puede haber variado bastante. Una de las principales rutas migratorias, la conocida como la ruta de los Balcanes, finaliza en Hungría y Croacia. De acuerdo con Frontex, en 2023 se detectaron un total de 99.068⁵⁸. Una vez allí, los migrantes tienen acceso al resto de países del espacio Schengen. Por este motivo, este país soporta también una gran presión migratoria en sus fronteras terrestres.

El primer ministro húngaro, Viktor Orban, es conocido por sus políticas antinmigración que lleva adoptando durante años. Orban afirmó en 2023 que: *“Hungría es un Estado con cero migrantes. Somos el único sitio libre de migrantes de Europa y eso se debe a nuestra línea de defensa”*⁵⁹. Hungría votó en contra del Nuevo Pacto de Migración de la UE, dado que este pacto implica unas cuotas de solidaridad para el reparto de solicitantes de asilo.

Hungría ha sido sancionada en varias ocasiones por cometer irregularidades en materia de migración y asilo. En la sentencia ECLI:EU:C:2020:1029⁶⁰, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) falló en contra de Hungría por su gestión relacionada con los refugiados, al disponer el gobierno de este país que las solicitudes de asilo debían ser presentadas en persona y exclusivamente en las zonas de tránsito de las fronteras, a las que solo se autoriza a acceder a un reducido número de personas. Así mismo, ordenaban el internamiento en las instalaciones de las zonas de tránsito de todos los solicitantes de asilo (a excepción de los menores de 14 años no acompañados), durante todo el procedimiento de asilo, y solo podían abandonarlas en dirección Serbia. Según el TJUE, este internamiento no reunía las garantías previstas en la Directiva 2013/33, relativa a los procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Por otra parte, la sentencia condena a Hungría por trasladar al otro lado de la valla fronteriza a los nacionales de terceros países que se encontraban en su territorio en situación irregular, sin respetar los procedimientos y garantías previstos en los artículos 5, 6, apartado 1, 12, apartado 1, y 13, apartado 1, de la Di-

⁵⁸ Frontex. (26 de enero de 2024). *Significant rise in irregular border crossing in 2023, highest since 2016*. Obtenido de <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/significant-rise-in-irregular-border-crossings-in-2023-highest-since-2016-C0gGpm>

⁵⁹ Valero, C. (07 de julio de 2023). *Orban se jacta de que Hungría es el único país “libre de migrantes” en Europa*. Obtenido de El Mundo:

<https://www.elmundo.es/internacional/2023/07/07/64a82af0fdddf67038b45d1.html>

⁶⁰ Identificador Europeo de Jurisprudencia.

rectiva 2008/115, en la que se establecen las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; y también por no transponer al ordenamiento jurídico interno el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32 y por adoptar disposiciones que se apartan de la regla general relativa al efecto suspensivo automático de los recursos de los solicitantes de protección internacional en situaciones que no están incluidas en el artículo 46, apartado 6, de esta Directiva⁶¹. Debido a esta sentencia, en 2021, Frontex decidió suspender sus actividades operativas en este Estado miembro, ya que, según el alto Tribunal, Hungría no estaba respetando los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo⁶².

En la sentencia ECLI:EU:C:2021:930, el TJUE condenaba a Hungría por introducir un nuevo motivo de inadmisibilidad de las solicitudes de asilo que se añade a los motivos expresamente establecidos en la Directiva 2013/32, y por tipificar como delito la actividad de organización dirigida a permitir la apertura de un procedimiento de solicitud de asilo por personas que no cumplen los criterios del derecho de asilo establecidos en el Derecho nacional y al adoptar medidas que implican restricciones para las personas procesadas o sancionadas por tal delito⁶³. Hungría condicionaba la posibilidad de presentar una solicitud de protección internacional a la presentación previa de una declaración de intenciones ante una embajada situada en un tercer país, en Serbia o Ucrania. Todo empezó en 2020, tras el estallido de la pandemia de Covid-19. Hungría adoptó una nueva ley que obligaba a determinados nacionales de terceros países o apátridas a someterse a un procedimiento previo a la solicitud de asilo. Esta legislación les obligaba a desplazarse a la embajada de Hungría en Belgrado (Serbia) o Kiev (Ucrania) para presentar personalmente una declaración de intenciones relativa a la presentación de una solicitud de protección internacional. Tras examinar dicha declaración, las autoridades húngaras podían decidir conceder a los solicitantes, nacionales de terceros países o apátridas, un documento de viaje que les permitiera entrar en el Estado miembro para presentar la solicitud de protec-

⁶¹ ECLI:EU:C:2020:1029 (la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 17 de diciembre de 2020).

⁶² Parlamento Europeo. (28 de enero de 2021). *Suspension of Frontex's activities in Hungary*. Obtenido de Parliamentary question - E-000546/2021: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000546_EN.html

⁶³ Recurso por incumplimiento — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política de asilo — Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE — Procedimiento de concesión de protección internacional, Asunto C821/19 (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA UE(Gran Sala) 16 de 11 de 2021).

ción internacional. La Comisión Europea consideró que, al adoptar esas disposiciones, Hungría incumplía sus obligaciones en virtud del Derecho de la UE, en particular la Directiva sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de la protección internacional, por lo que se interpuso un recurso por incumplimiento ante el TJUE.

Así mismo, algunas de las sentencias del TEDH, como el asunto *Ilias y Ahmed c. Hungría* (2019)⁶⁴ en el que los demandantes, nacionales de Bangladesh, llegaron a Hungría desde Serbia entrando en la zona de tránsito de Röszke, situada en la frontera entre ambos países, en territorio húngaro, al objeto de solicitar asilo, solicitudes presentadas y rechazadas el mismo día de su llegada; si bien pasaron 23 días en la citada zona de tránsito en espera de la resolución del recurso interpuesto por los demandantes, sin poder abandonarla, solo dirección Serbia; o el asunto *Shahzad c. Hungría* (2021)⁶⁵, en el que un ciudadano Pakistání que intentó acceder a Hungría en varias ocasiones, alegó ser víctima de expulsiones colectivas y *push-backs* o devoluciones en caliente; ponen de manifiesto las deficiencias del sistema de asilo húngaro y, en tela de juicio, el principio de no devolución (*non-refoulement*) y el derecho a un trato digno.

En cuanto a la ley relativa a la extranjería, la última modificación que entró en vigor el 1 de marzo de 2024, llamada *Ley XC de 2023*, hace de esta probablemente la ley más restrictiva en esta materia de toda la UE. Según las fuentes consultadas, los puestos de trabajo en territorio húngaro están ahora reservados únicamente a los húngaros. Los empresarios solo podrán contratar a extranjeros si no hay trabajadores locales disponibles y cada caso será investigado por las autoridades. También sufren cambios los permisos de residencias; algunos de ellos sólo podrán ampliarse si el solicitante cumple las condiciones de “convivencia social”, demostradas mediante un examen sobre cultura húngara, y su duración será por tiempo limitado, sin derecho de renovación automática⁶⁶. Esta nueva reforma introduce 24 tipos de permiso de residencia diferentes, 6 más que la ley anterior. Uno de los mayores cambios es que la nueva ley introduce categorías separadas de permisos de trabajo para trabajadores altamente cuali-

⁶⁴ Asunto *Ilias y Ahmed c. Hungría* (Demanda nº 47287/15) Gran Sala del TEDH. Sentencia de Estrasburgo, 21 de noviembre de 2019.

⁶⁵ Asunto *Shahzad c. Hungría* (Demanda nº 37967/18) TEDH, Estrasburgo, 8 de julio de 2021.

⁶⁶ Euronews. (01 de marzo de 2024). *Hungría levanta un muro jurídico contra la inmigración*. Obtenido de es.euronews.com: <https://es.euronews.com/2024/03/01/hungria-levanta-un-muro-juridico-contra-la-inmigracion>

ficados y trabajadores invitados poco cualificados⁶⁷, siendo llamativa la introducción del llamado permiso de residencia para inversores y visado dorado, pensado para nacionales de terceros países que inviertan en el país un mínimo de 250.000 euros en bienes inmuebles⁶⁸.

En este punto, conviene hacer un análisis sobre el código penal húngaro⁶⁹, recientemente renovado, en especial en lo concerniente a los delitos que afectan a los migrantes. Al objeto de no crear controversia, he acompañado al análisis de cada artículo el texto literal del mismo, cuya traducción es propia, dado que el texto origen es una traducción del código penal húngaro en lengua inglesa:

- En la Sección 59, se regula la expulsión de todo aquel que cometa un delito y que no sea nacional húngaro, si bien la pena para algunos extranjeros con residencia permanente debe ser de, al menos, cinco años de prisión, en algunos casos, y de al menos 10 años en otros. Se prohíbe la expulsión de los refugiados que tengan concedido asilo en el país⁷⁰.
- En la sección 60, se determina que el periodo de expulsión puede ser por un periodo determinado o permanente⁷¹.
- En la Sección 352/A se tipifica el delito de “*Cruce ilegal de la valla fronteriza*”. Esto hace que la entrada irregular quede en-

⁶⁷ Comisión Europea. (01 de marzo de 2024). *Hungary: New immigration law affects residence permits*. Obtenido de ec.europa.eu: https://migrant-integration.ec.europa.eu/news/hungary-new-immigration-law-affects-residence-permits_en

⁶⁸ Singhal, A. (04 de julio de 2024). *Hungary implements new immigration law for resident permits 2024*. Obtenido de es.y-axis.com: <https://es.y-axis.com/news/hungary-implements-new-immigration-law-for-resident-permits-2024/>

⁶⁹ Ley C de 2012 sobre el Código Penal (en vigor el 1 de marzo de 2024).

⁷⁰ “(1) El autor del delito que no sea nacional húngaro y cuya estancia en el país sea el indeseable será expulsado del territorio de Hungría. La persona expulsada deberá abandonar el territorio del país y no se le permitirá regresar durante el período de expulsión.

(2) Una persona a la que Hungría conceda asilo no será expulsada.

(3) Una persona que tenga derecho a la libre circulación y residencia o que disfrute del estatuto de residencia permanente en el territorio de Hungría sólo podrá ser expulsada si ha cometido un delito punible con una pena de prisión de cinco años o más.

(4) La persona que:

a) haya residido legalmente en el territorio de Hungría durante al menos diez años, o

b) ha residido legalmente en el territorio de Hungría y se habría violado su derecho al respeto de su vida familiar;

Sólo podrá ser expulsado si se le impone una pena de prisión de diez años o más, siempre que la presencia del autor en el país suponga una amenaza importante para la seguridad pública.”

⁷¹ “(1) La expulsión se impondrá por un período determinado o permanente.

(2) El período de expulsión por un período determinado no será inferior a un año o más de diez años.”

cuadrada en el ámbito penal y no en el ámbito administrativo como otros Estados miembros hacen. El cruce ilegal de la valla fronteriza se castiga con penas de hasta 3 años de prisión, pudiendo llegar en algunos casos hasta 5 o incluso a 10 años, si se cumplieran las condiciones tipificadas en las agravantes específicas⁷².

- En la Sección 352/B, se tipifica el delito de “*Vandalismo en la valla fronteriza*”, donde se castiga a quien destruya o dañe la citada valla, con penas que van de uno a cinco años de prisión, para el tipo básico, pudiendo llegar hasta veinte años si dichos daños causaran la muerte de alguna persona⁷³.
- En la Sección 252/C, se castiga a quien *obstruya las obras de construcción relacionadas con la valla fronteriza*, con pena de prisión de hasta un año.
- En la Sección 253, se tipifica el delito de *tráfico de personas*, castigado con penas de uno a cinco años de prisión en su tipo básico, el cual es sin ánimo de lucro. Se agrava la pena si existe ese ánimo, o si se ayudase a más de una persona, o si se dañase con ese hecho la valla fronteriza, siendo el castigo de dos a ocho años de prisión. Las penas pueden llegar hasta veinte años de prisión en determinados casos. Es de destacar que se castiga, así mismo, los actos preparatorios previos o conspira-

⁷² “(1) Una persona que, sin autorización, ingresa al territorio de Hungría protegido por una instalación que salvaguarde el orden de la frontera estatal a través de esa instalación es culpable de un delito grave y será castigado con pena de prisión de hasta tres años.

(2) La pena será de prisión de uno a cinco años si el delito cometido especificado en el párrafo (1) si es cometida:

a) con un arma;
b) con un instrumento capaz de causar la muerte;
c) por un participante de un disturbio masivo.

(3) Toda persona que cometa el delito especificado en el párrafo (1) como participante en un disturbio masivo con un arma o un instrumento capaz de causar la muerte será castigada con pena privativa de libertad de dos a ocho años.

(4) La pena será de prisión de cinco a diez años si el delito especificado en el párrafo (2) o (3) causa la muerte.”

⁷³ (1) Quien destruya o dañe una instalación o instrumento que salvaguarde el orden de la frontera estatal, comete delito grave y será sancionado con prisión de uno a cinco años, salvo que se establezca un delito de mayor gravedad. (2) La pena será de prisión de dos a ocho años si se comete el delito especificado en el párrafo (1) a) con un arma, b) con un instrumento capaz de causar la muerte, c) por un participante en un disturbio masivo. (3) Toda persona que cometa el delito especificado en el párrafo (1) como participante en un disturbio masivo con un arma o un instrumento capaz de causar la muerte será castigada con prisión de cinco a diez años. (4) La pena será de prisión de diez a veinte años si el delito especificado en el párrafo (2) o (3) causa la muerte.

ción para cometer este delito con penas de hasta tres años de prisión⁷⁴.

- La Sección 353/A es una de las secciones más polémicas de todas. Tipifica el delito de “Facilitar y ayudar a la inmigración ilegal”, ya que castiga a quien participe en procedimientos para la obtención, en auxilio del migrante o refugiado, cuando haya una declaración falsa u oculte hechos verdaderos. Esto podría afectar al trabajo de las ONGs cuya labor es ayudar al refugiado o migrante, así como a despachos de abogados especializados en esta materia⁷⁵.
- En la Sección 354 va en la misma línea que la anterior. El delito tipificado es “Facilitar la residencia ilegal” y castiga a quien, con ánimo de lucro, ayude a residir de manera irregular a un ex-

⁷⁴ “(1) Una persona que ayuda a otra persona a cruzar la frontera estatal en violación de la ley comete delito grave y será reprimido con prisión de uno a cinco años.

(2) La pena será de prisión de dos a ocho años si el tráfico de personas es cometido:

a) para obtener ganancias financieras,

b) ayudando a más de una persona a cruzar la frontera estatal, o c) destruyendo o dañando una instalación o instrumento que salvaguarde el orden de las fronteras estatales.

(3) La pena será de prisión de cinco a diez años si el tráfico de personas es cometido:

a) atormentando a la persona objeto de tráfico ilícito,

b) con un arma,

c) con un instrumento capaz de causar la muerte,

d) regularmente para generar ingresos, o e) en concierto para delinquir.

(4) La pena será de prisión de cinco a quince años si a) el tráfico de personas tal como se define en el párrafo (3) a) se comete de la manera especificada en puntos b) a e), b) el tráfico de personas tal como se define en el párrafo (3) b) se comete de una manera especificada en los puntos a) o c) a e).

(5) Una persona que organiza o dirige la comisión de un delito penal especificado en párrafos (3) o (4) será reprimido con pena privativa de libertad de diez a veinte años.

(6) La persona que realice preparativos para el tráfico de personas será castigada con prisión de hasta tres años.”

⁷⁵ “(1) Quien participe en que otra persona inicie, en Hungría, una procedimiento que permita la adquisición de un título legal de asilo o residencia mediante la realización de una declaración falsa declarar u ocultar cualquier hecho verdadero con respecto a una circunstancia que tenga un impacto material en el procedimiento de la autoridad o, en tal procedimiento, que otra persona haga una declaración falsa o retenga cualquier hecho verdadero con respecto a una circunstancia que tenga un impacto material en el procedimiento de la autoridad, será culpable de delito menor y será reprimido con reclusión, salvo que se establezca un delito de mayor gravedad.

(2) El organizador del delito especificado en el párrafo (1) será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año.

(3) Una persona será castigada en virtud del párrafo (2) si comete el delito penal especificado en el párrafo (1). a) para obtener ganancias financieras, o b) asistiendo a más de una persona.

(4) Una persona que proporciona medios materiales para la comisión de un delito penal. especificado en los párrafos (1) y (2) será sancionado conforme al párrafo (2).”

tranjero, no solo en Hungría, sino también en cualquier Estado miembro de la UE o asociado. La pena para el culpable de este delito es de hasta dos años de prisión⁷⁶.

- Y finalmente, en la Sección 356 se tipifica el delito de “*Empleo ilegal de un nacional de un tercer país*”, y castiga a quien emplee a nacionales de terceros países sin el correspondiente permiso de trabajo, con penas de hasta dos años de prisión⁷⁷.

En otro orden de cosas, Hungría registró en 2023 tan solo 30 solicitudes de asilo, teniendo un porcentaje cercano al 0% del total de las solicitudes de asilo de la UE⁷⁸.

En cuanto al nuevo Pacto de Migración y Asilo de la UE, el gobierno húngaro rechazó la implementación del citado Pacto, al no estar de acuerdo con las políticas migratorias de la UE en esta materia⁷⁹.

En materia de integración, Hungría tiene una puntuación media en MIPEX de 43 puntos sobre 100, la puntuación más baja de los Estados miembros examinados en este trabajo. El área de política de integración mejor puntuada en este Estado es la Antidiscriminación, con 96 puntos sobre 100; si bien tiene varias áreas de políticas de integración puntuadas desfavorablemente, como son la Movilidad en el

⁷⁶ “(1) Una persona que, con fines de lucro, ayude a otra a residir ilegalmente en el territorio de:

a) un Estado miembro de la Unión Europea,
b) otro Estado que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o
c) un estado de nacionalidad de una persona que tiene el mismo estatus que un nacional de un estado que es parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,
Aunque esa persona no sea nacional de ninguno de los estados antes mencionados es culpable de un delito menor y será reprimido con prisión de hasta dos años, salvo que se establezca un delito de mayor gravedad.

(2) Una persona que, con fines de lucro, ayude a un extranjero a residir ilegalmente en Hungría será castigada según el párrafo (1), a menos que se establezca un delito de mayor gravedad.”

⁷⁷ “(1) La persona que emplea:

a) un nacional de un tercer país que no sea titular de un permiso expedido para trabajar con regularidad o permanentemente, o
b) un número significativo de nacionales de terceros países (al menos cinco) que no posean simultáneamente un permiso expedido para fines laborales,
será culpable de un delito menor y será castigado con pena de prisión de hasta dos años.

(2) Una persona es culpable de un delito grave y será castigada con prisión de hasta tres años si emplea, en condiciones de trabajo particularmente explotadoras, a un nacional de un tercer país que no es titular de un permiso expedido para fines laborales.”

⁷⁸ European Council. (11 de abril de 2024). Obtenido de Asylum applications in the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

⁷⁹ Daily News Hungary. (14 de junio de 2025). Obtenido de [dailynewshungary.com: https://dailynewshungary.com/es/hungary-rejects-migration-and-asylum/](https://dailynewshungary.com/es/hungary-rejects-migration-and-asylum/)

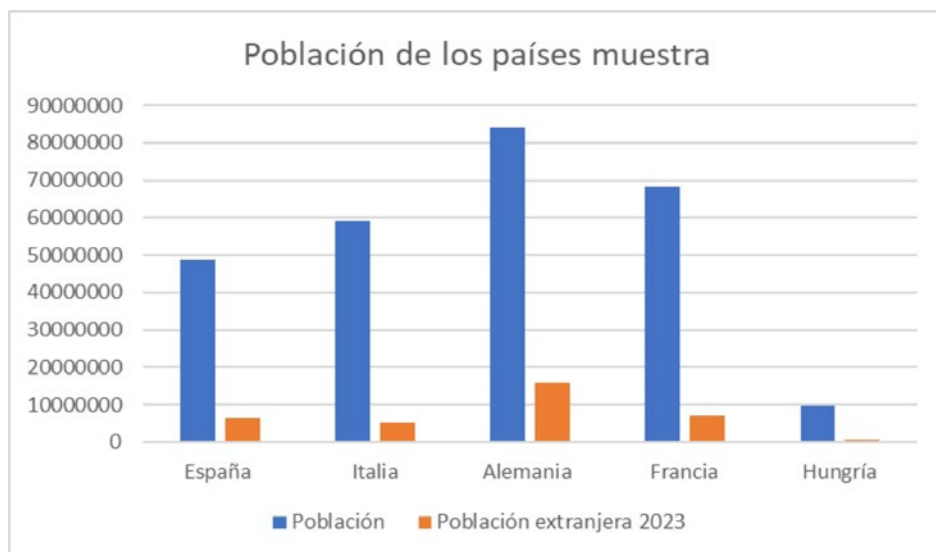
Mercado Laboral (37 sobre 100), la Salud (29 sobre 100), el Acceso a la Nacionalidad (25 sobre 100) o Participación Política (15 sobre 100). Pero lo que realmente preocupa es su puntuación respecto al área de Educación, donde obtiene una puntuación de 0 sobre 100. Según esta herramienta, las políticas de educación para migrantes en Hungría ocupan el último lugar junto con Indonesia, dado que existen restricciones legales para que ciertas categorías de migrantes accedan a la educación obligatoria y no obligatoria. Además, las escuelas reciben uno de los menores apoyos (entre los países estudiados) para abordar las nuevas necesidades y oportunidades de los alumnos migrantes⁸⁰. No hay que olvidar que este estudio es del año 2020, antes de la última modificación de las políticas migratorias arriba referenciadas, por lo que quizás su puntuación pudiera ser aún más baja a día de hoy.

VI. CONCLUSIONES

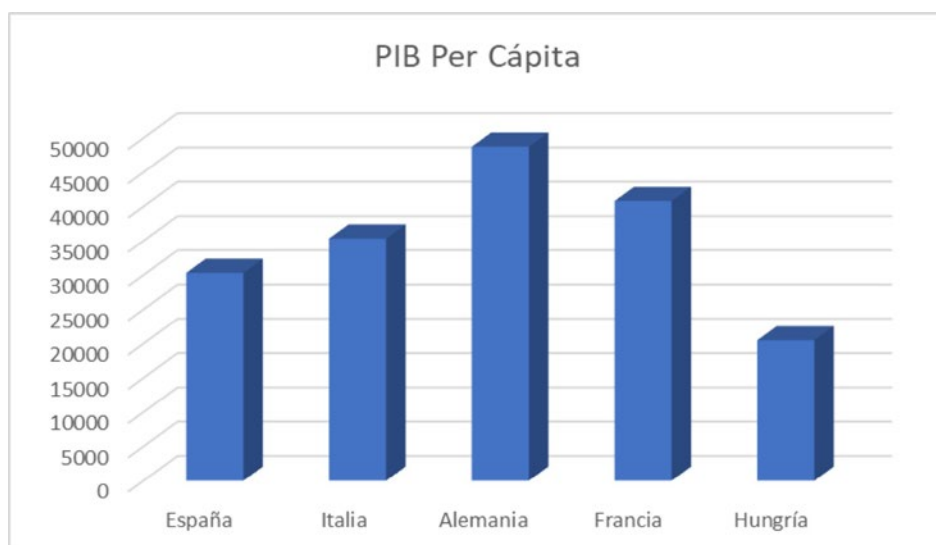
Sin ánimo de querer nombrar a un ganador o perdedor ficticio en relación a los datos obtenidos y, por supuesto, sin querer realizar crítica alguna sobre la manera en que cada Estado miembro afronta los problemas derivados de las migraciones masivas, sino más bien con un afán puramente científico, se procede en este apartado a comparar y analizar los datos obtenidos anteriormente para tratar de sacar conclusiones al respecto.

Comencemos primero con los datos analizados respecto a la población extranjera (esto es, no nacionales) de cada Estado miembro. Alemania es el país con mayor porcentaje de población extranjera, con un 18,68%, un porcentaje alto teniendo en cuenta que es un país interior, lejos de las fronteras exteriores marítimas y terrestres. Le sigue España con un 13,36% de su población, luego Francia con un 10,3%, Italia con un 8,99% y Hungría en último lugar con apenas un 6,01%. A continuación, un gráfico representa de forma visual el número de habitantes totales junto con el número de residentes extranjeros:

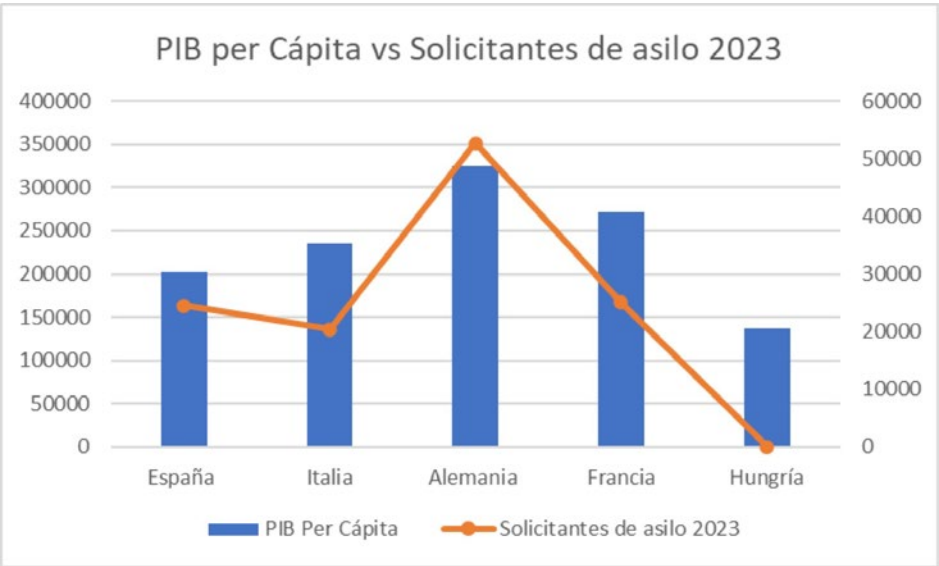
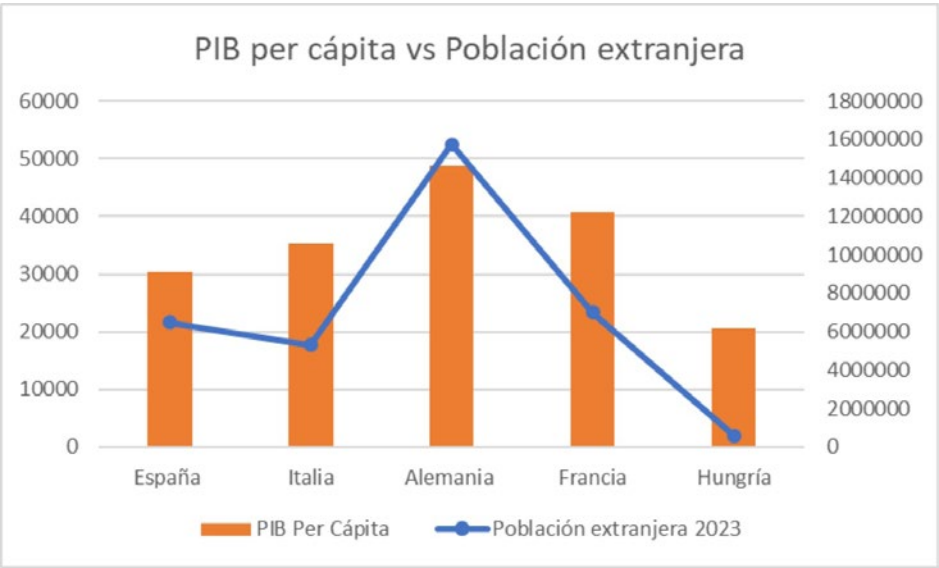
⁸⁰ Hungary | MIPEX 2020, <https://mipex.eu/hungary>



En cuanto a la información relativa al PIB per cápita, conviene recordar que esta medición se trata del Producto Interior Bruto de un país dividido por su población. Por lo tanto, esto es un indicador universal utilizado en economía para medir el nivel de riqueza económica de sus habitantes. Teniendo esto presente, podemos ver que Alemania es el país, de los examinados, con el índice más alto, con 48.750€, seguido de Francia (40.800 €), Italia (35.350 €), España (30.320 €) y Hungría (20.480 €). En la siguiente tabla se puede ver la diferencia entre ellos:



Es evidente que el factor económico es un factor a tener en cuenta para los migrantes cuando deciden emprender su viaje y dirigirse a un país determinado en lugar de a otro, si bien no es el único. En los siguientes cuadrantes se compara, por un lado, el PIB per cápita de cada país, y por el otro, tanto la población extranjera como los solicitantes de asilo que hay en ellos:

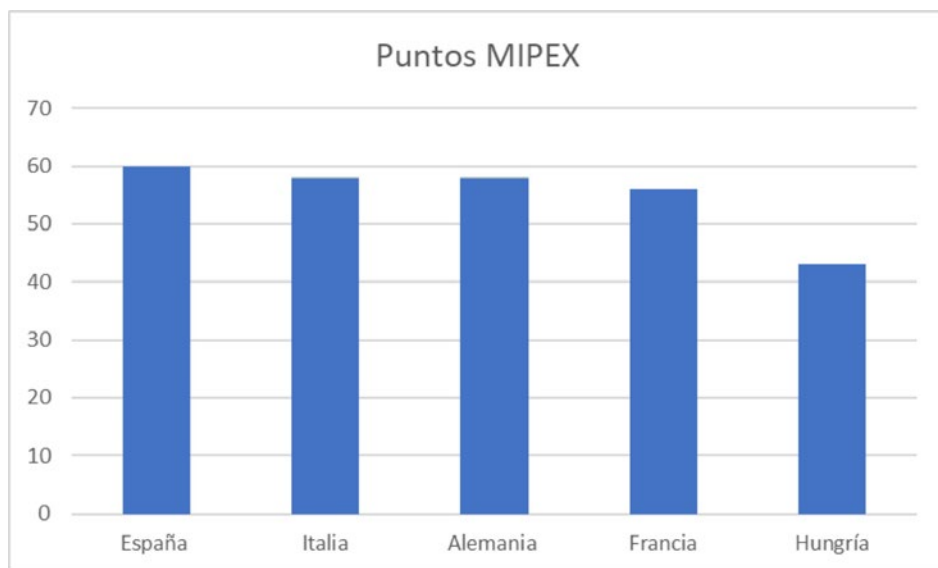


Es de señalar que ambos cuadrantes tienen una forma similar; Alemania, con el PIB per cápita más alto, es también el que más migrantes acoge y más solicitudes de asilo recibe. Sin embargo, España, aun teniendo el segundo PIB per cápita más bajo de la comparativa, tiene más población extranjera y solicitudes de asilo que Italia, y está, en este sentido, casi al mismo nivel que Francia, sin tener en cuenta la diferencia de población entre ambos países, superior en Francia. Esto arroja luz sobre que, por algún motivo, España acoge en proporción más migrantes y solicitantes de asilo que países con mejor situación económica, como son Francia o Italia. Por otro lado, Hungría se sitúa a la cola en estos tres índices estadísticos.

En este punto, conviene reflexionar sobre la comparación entre índices económicos y migración: ¿los países con más riqueza atraen a más migrantes, o quizás estos países han sabido sacar mejor partido a la migración y han crecido gracias a ellos? Recordemos que el índice de natalidad de muchos países de la UE ha ido reduciéndose exponencialmente. Según Eurostat, el índice de nacidos vivos por cada 1.000 personas en el año 2008 era del 10,6, disminuyendo en el año 2020 a 9,1⁸¹. Por otro lado, según el citado estudio, la población de la UE está cada vez más envejecida (la proporción de mayores de 80 años casi se duplicó entre 2001 y 2020). Esto hace que algunos países de la UE vean en la migración una solución para mantener sistemas tales como el sanitario o el de pensiones; si bien, no a cualquier precio. Incluso los países más avanzados en materia de migración quieren controlar y seleccionar a los migrantes que acceden a su territorio, y deshacerse, por llamarlo de alguna manera, de los que representan una amenaza para la convivencia del resto de habitantes.

Como ya se ha comentado, el índice MIPEX es una herramienta única que mide las políticas para integrar a los inmigrantes en 56 países de seis continentes, incluidos todos los Estados miembros de la UE. Aunque sus últimos registros datan del año 2020, es interesante ver cómo estos países quedan escalafonados en un cuadrante estadístico:

⁸¹ Instituto Nacional de Estadística. (2021). *Demografía de Europa*. Obtenido de ine.es: https://ine.es/prodyser/demografia_UE/img/pdf/Demograhya-InteractivePublication-2021_es.pdf?lang=es



Como se puede observar, España queda en primer lugar con 60 puntos sobre 100, seguida de Italia y Alemania, ambos con 58, Francia con 56 y, por último, Hungría con 43 puntos. Como muestra el gráfico, las políticas de migración españolas son las mejor valoradas en este estudio, pudiendo ser este el motivo de por qué España atrae en proporción más migrantes y solicitantes de asilo que otros países con una mejor economía, como son Francia o Italia. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el último estudio de MIPEX data del año 2020, por lo que no habían ocurrido entonces acontecimientos tan importantes en materias de migración como la guerra en Ucrania, donde se estima que hay casi 6,5 millones de refugiados ucranianos en todo el mundo (hasta febrero de 2024)⁸², u otros cambios políticos como el cambio de paradigma de Alemania, o las nuevas leyes relativas a la inmigración de Francia y Hungría. Por lo tanto, aun sin estar actualizado, es un dato que, en mi opinión, conviene tener presente en un trabajo como este, que pretende dar respuesta a varias variantes relativas a la migración.

Y, por último, compararemos las sanciones que cada país interpone a los migrantes irregulares por la entrada y estancia/residencia irregular, así como a los traficantes de personas que facilitan la misma:

⁸² ACNUR. (2024). Obtenido de www.unrefugees.org/emergencies/ukraine/

	Sanción por entrada irregular	Sanción por estancia irregular	Pena para tráfico de personas (tipo básico)	Pena por tráfico de persona (tipo agravado)
España	Devolución y prohibición de entrada hasta 3 años	501 - 10.000 euros o expulsión	Pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año	Pena de prisión de 4 a 8 años
Italia	5.000 - 10.000 euros o expulsión	5.000 - 10.000 euros o expulsión	Pena de prisión de 1 a 5 años, y multa de 15.000 euros por cada persona	Pena de prisión de 5 a 15 años y multa de 15.000 euros por cada persona
Alemania	Pena de prisión de hasta 1 año o multa	Pena de prisión de hasta 1 año o multa	Pena de prisión de 4 meses a 5 años	Pena de prisión de 6 meses a 10 años
Francia	Pena de prisión de hasta 1 año y multa de 3.750 euros y prohibición de entrada de 3 años	Expulsión	Pena de prisión de 5 años y multa de 30.000 euros	Pena de prisión de 10 años y multa de 750.000 euros.
Hungría	Pena de prisión de hasta 3 años con distintas agravantes de hasta 10 años.	Expulsión	Pena de prisión de 1 a 5 años.	Pena de prisión de 10 a 20 años

Como se puede observar, no existe un criterio estándar entre las cinco legislaciones europeas comparadas. La legislación más laxa a este respecto es sin duda la española, muy lejos de las penas que el código penal húngaro impone a estos infractores. Francia e Italia abogan por penas de prisión bastante altas combinadas con multas importantes para quien trafique con personas en sus territorios. Alemania, por su parte, en materia de tráfico de personas, se encuentra en un punto intermedio respecto del resto de los países muestra. En relación con las sanciones por entrada y estancia irregular, se puede observar cómo las sanciones van desde la simple expulsión (devolución), pasando por la multa y llegando a altas penas de prisión en algunos casos. Esta comparativa hace que surja una pregunta inevitable: ¿la UE debería tener una regulación estándar a este respecto? Conviene tener presente que, en muchas ocasiones, los migrantes conocen con antelación las leyes que rigen esta materia en cada país, y una legislación a todas luces más estricta puede hacer que los migrantes irregulares decidan tomar una ruta en lugar de otra.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. (2024). Obtenido de www.unrefugees.org/emergencies/ukraine/
- Act C of 2012 of Criminal Code. (2012). Hungary.
- ASSOCIATEDPRESS. (02 de marzo de 2023). *Los Angeles Times*. Obtenido de Inmigrantes o hijos de inmigrantes son un 23% en Alemania: <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2023-03-02/inmigrantes-o-hijos-de-inmigrantes-son-un-23-en-alemania>
- ASUNTO ILIAS y AHMED C. Hungría (Demanda nº 47287/15) Gran Sala. Sentencia Estrasburgo, 21 de noviembre de 2019.
- Ayudas económicas para solicitantes de asilo en España*. (s.f.). Obtenido de responde un funcionario del gobierno de España: <https://responde-funcionario-gob.es/ayudas-economicas-para-solicitantes-de-asilo-en-espana-2023/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20tipo%20de%20ayudas%20econ%C3%B3micas%20est%C3%A1n%20disponibles%3F%20,de%20Transporte%20...%205%205.%20Formaci%C3%B3n%20Profesional%20>
- BHERER, M.-O. (25 de octubre de 2025). « *Français de papier* », une formule xénophobe au service de la division de la nation. Obtenido de Le Monde: https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/10/25/francais-de-papier-une-formule-xenophobe-au-service-de-la-division-de-la-nation_6196300_3232.html
- BORDONADO BERMEJO, J. (2006). *El origen de los derechos y libertades de los extranjeros en España*. Estudios geográficos, 67(261), 417-439. <https://doi.org/10.3989/eggeogr.2006.i261.27>
- CAPPELLETTI, V. (2018). La Ley Minniti sobre la gestión de los solicitantes de asilo en Italia y su emergencia inconstitucional. *Migraciones Internacionales*, 9(4), pág. 239-248.
- CARBONARO, G. (13 de abril de 2023). *Why has Italy declared a state of emergency over migration? What impact will it have?* Obtenido de <https://www.euronews.com/2023/04/13/why-has-italy-declared-a-state-of-emergency-over-migration-what-does-it-mean-in-practice>
- CADENAS, J. F. (19 de enero de 2024). *Alemania aprueba una ley para facilitar la deportación de solicitantes de asilo que hayan sido rechazados*. Obtenido de [www.newtral.es](https://www.newtral.es/alemania-deportacion-migrantes/20240119/): <https://www.newtral.es/alemania-deportacion-migrantes/20240119/>

- COMISIÓN EUROPEA. (01 de marzo de 2024). *Hungary: New immigration law affects residence permits*. Obtenido de ec.europa.eu: https://migrant-integration.ec.europa.eu/news/hungary-new-immigration-law-affects-residence-permits_en
- COMMISSION V HUNGARY (Incrimination de l'aide aux demandeurs d'asile), ECLI:EU:C:2021:930 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 16 de 11 de 2021).
- DAILY NEWS HUNGARY. (14 de junio de 2025). Obtenido de dailynewshungary.com: <https://dailynewshungary.com/es/hungary-rejects-migration-and-asylum/>
- DATOSMACRO.COM: <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/union-europea>
- DEMOGRAPHIC INDICATORS. (2023). Obtenido de istat.it: <https://www.istat.it/en/archivio/295592>
- DIRECTIVA 2013/32/UE (PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 26 de junio de 2013), sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.
- DIRECTIVA (UE) 2021/1883 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. (20 de octubre de 2021)*relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo*.
- ECLI:EU:C:2020:1029 (la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 17 de 12 de 2020).
- ESTADÍSTICA, I. N. (1 de enero de 2024). *Estadística continua de población (ECP)*.
- EURONEWS. (01 de marzo de 2024). *Hungría levanta un muro jurídico contra la inmigración*. Obtenido de es.euronews.com: <https://es.euronews.com/2024/03/01/hungria-levanta-un-muro-juridico-contra-la-inmigracion>
- EUROPEAN COMMISSION. *European Website on Integration*. (s.f.). Obtenido de Governance of migrant integration in Italy: https://migrant-integration.ec.europa.eu/country-governance/governance-migrant-integration-italy_en
- EUROPEAN COUNCIL. (s.f.). Obtenido de Asylum applications in the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

- EUROPEAN COUNCIL. (11 de abril de 2024). Obtenido de Asylum applications in the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>
- FRONTEX. (26 de enero de 2024). *Significant rise in irregular border crossing in 2023, highest since 2016*. Obtenido de <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/significant-rise-in-irregular-border-crossings-in-2023-highest-since-2016-C0gGpm>
- GARCÍA, Y. (24 de enero de 2024). *En 2023 llegaron a España 56.852 inmigrantes irregulares, un 82% más que en 2022*. Obtenido de [www.newtral.es: https://www.newtral.es/inmigrantes-irregulares-2023/20240124/](https://www.newtral.es/inmigrantes-irregulares-2023/20240124/)
- GONZÁLEZ, L. (20 de mayo de 2025). *Claves de la reforma del Reglamento de Extranjería: visados, arraigo, reagrupación y permiso único desde el primer día*. Extraído de RTVE: <https://www.rtve.es/noticias/20250520/claves-nueva-ley-extranjeria/16577188.shtml>
- GOUARDÈRES, F. (s.f.). *Las regiones ultraperiféricas (RUP)*. Obtenido de Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/100/las-regiones-ultraperifericas-rup->
- LEGGE n. 94 (15 de julio de 2009).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2021). *Demografía de Europa*. Obtenido de [ine.es: https://ine.es/prodyser/demografia UE/img/pdf/Demograhya-InteractivePublication-2021_es.pdf?lang=es](https://ine.es/prodyser/demografia UE/img/pdf/Demograhya-InteractivePublication-2021_es.pdf?lang=es)
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Nota de prensa. (1 de enero de 2025). *Estadística Continua de Población (ECP)*. Obtenido de: <https://ine.es/dyngs/Prensa/es/ECP4T24.htm>
- IRREGULAR MIGRATION TO THE UK, year ending June 2023. (14 de noviembre de 2023). Obtenido de [www.gov.uk: https://www.gov.uk/government/statistics/irregular-migration-to-the-uk-year-ending-june-2023/irregular-migration-to-the-uk-year-ending-june-2023](https://www.gov.uk/government/statistics/irregular-migration-to-the-uk-year-ending-june-2023/irregular-migration-to-the-uk-year-ending-june-2023)
- LEGGE n. 46 (13 de abril de 2017), la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, Italia.
- LEGGE n. 94. (15 de julio de 2009), la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, Italia.
- LES CHIFFRES 2023. (25 de enero de 2024). Obtenido de Le Ministère de l'Intérieur: <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/fr/Info-ressources/Etudes-et-statistiques/Chiffres-cles-sejour-visas-eloignements-asile-acces-a-la-nationalite/Les-chiffres-2023-publication-annuelle-parue-le-25-janvier-2024>

L'ESSENTIEL SUR... LES IMMIGRÉS ET LES ÉTRANGERS. (29 de agosto de 2024). Obtenido de INSEE: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3633212#onglet-1>

LEY ORGÁNICA 10/1995. (23 de noviembre de 1995). *Código Penal*.

LOI DU 26 JANVIER 2024 POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, AMÉLIORER L'INTÉGRATION. (27 de enero de 2024). Obtenido de <https://www.vie-publique.fr/loi/287993-loi-immigration-integration-asile-du-26-janvier-2024>

LOI no 2024-42. (26 de enero de 2024) *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*. Journal officiel électronique authentifié n° 0022 du 27/01/2024.

Más que cifras: <https://www.masquecifras.org/>

MINISTERIO DELL'INTERNO. *Dipartimento Libertà Civili e Immigrazione*. (s.f.). Obtenido de [interno.gov.it: http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/accordo-dintegrazione](http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/accordo-dintegrazione)

MIPEX 2020: <https://mipex.eu>

Newtral.es: <https://www.newtral.es/inmigrantes-irregulares-2023/20240124/>

PARLAMENTO EUROPEO. (28 de enero de 2021). *Suspension of Frontex's activities in Hungary*. Obtenido de Parliamentary question - E-000546/2021: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000546_EN.html

RAMÍREZ, J. M. P. (2024). *Blindar las fronteras de la Unión Europea para garantizar la libre circulación. El refuerzo del enfoque securitario en el nuevo Pacto sobre migración y asilo*. Revista de estudios políticos, 2024-(205), 57-90. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.205.03>

RASCHE, U. (1 de noviembre de 2023). *Mayor rapidez y menos burocracia*. Obtenido de [deutschland.de: https://www.deutschland.de/es/la-ley-de-inmigracion-de-personal-cualificado](https://www.deutschland.de/es/la-ley-de-inmigracion-de-personal-cualificado)

REAL DECRETO 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2024-24099>.

REAL DECRETO 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su re-

forma por Ley Orgánica 2/2009; <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

RECURSO POR INCUMPLIMIENTO — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política de asilo — Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE — Procedimiento de concesión de protección internacional, Asunto C821/19 (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA UE(Gran Sala) 16 de noviembre de 2021).

REUTERS. (19 de enero de 2023). *La inmigración llevará a la población alemana a un récord en 2022*. Obtenido de euronews: <https://es.euronews.com/2023/01/19/alemania-estadisticas-poblacion>

RFI. (20 de diciembre de 2023). *Francia se alinea con la Unión Europea con una nueva ley migratoria*. Obtenido de RFI: <https://www.rfi.fr/es/francia/20231220-francia-se-alinea-con-uni%C3%B3n-europea-con-una-nueva-ley-de-migracion>

RIETIG, V. (2023). *The political economy of migration policies in Germany*. Obtenido de feps-europe.eu: <https://feps-europe.eu/wp-content/uploads/2023/11/FEPS-POLICY-BRIEF-GERMANY.pdf>

ROVIRA, P. C. (10 de febrero de 2021). *El fenómeno migratorio argelino en la República francesa tras la independencia de Argelia*. Obtenido de FEI: <https://www.fei.org.es/2021/02/10/migracion-argelina-republica-francesa-tras-independencia-argelia/>

SIGNIFICANT RISE IN IRREGULAR BORDER CROSSINGS IN 2023, HIGHEST SINCE 2016. (16 de enero de 2024). Obtenido de Frontex: https://prd.frontex.europa.eu/wp-content/uploads/2024.01.16_significant-rise-in-irregular-border-crossings-in-2023-highest-since-2016.pdf

SINGHAL, A. (04 de julio de 2024). *Hungary implements new immigration law for resident permits 2024*. Obtenido de es.y-axis.com: <https://es.y-axis.com/news/hungary-implements-new-immigration-law-for-resident-permits-2024/>

VALERO, C. (07 de septiembre de 2023). *Orban se jacta de que Hungría es el único país “libre de migrantes” en Europa*. Obtenido de El Mundo: <https://www.elmundo.es/internacional/2023/07/07/64a82af0fdddf67038b45d1.html>

VIE PUBLIQUE. (27 de enero de 2024). *Loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*. Obtenido de www.vie-publique.fr: <https://www.vie-publique.fr/loi/287993-loi-immigration-integration-asile-du-26-janvier-2024>

VISOTSKY, J. AND REYES, J. (2022) '*Los derechos de los pueblos y la descolonización de África en diálogo con perspectivas críticas en torno al territorio y la interseccionalidad*', *Revista nuestraAmérica*, 10(19), pág. 1–11.

www.lamoncloa.gob.es, (17 de marzo de 2025): <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/paginas/2025/170325-conferencia-sectorial-inmigracion.aspx>

RESEÑAS

**RECENSIÓN DEL LIBRO: “EL PASIVO GANANCIAL
Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: APLICACIONES
PRÁCTICAS Y OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS”,
INMACULADA VIVAS TESÓN, ATELIER,
BARCELONA, 2025, ISBN: 979-13-87543-99-0,
334 PÁGINAS**

JOAN CUADRADO SOLER

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNED, Profesor tutor y
Profesor Invitado en la UNED y Profesor Asociado en la UB

La profesora Inmaculada Vivas Tesón, catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla, es indiscutiblemente una figura relevante dentro del Derecho Civil en España. Su extensa y consolidada trayectoria tanto en la docencia como en la investigación lo avala. Ha realizado importantes contribuciones en áreas como la infancia y adolescencia, la discapacidad, la protección de los derechos fundamentales, la responsabilidad civil, la contratación, así como el Derecho de familia y sucesiones. Su compromiso con la difusión del conocimiento ha sido siempre digno de reconocimiento. Su labor académica se distingue por un enfoque crítico, multidisciplinar y propositivo que combina una enseñanza innovadora, una investigación relevante y una proyección notable tanto a nivel nacional como internacional.

En esta ocasión, la profesora Vivas Tesón nos presenta una obra innovadora que vincula el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales con las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial generativa (IAG) para los profesionales del Derecho. De este modo, el trabajo no solo actualiza el análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que también explora cómo la inteligencia artificial puede transformar la práctica jurídica.

Esta monografía constituye una aportación especialmente novedosa en el panorama doctrinal español. No se trata de un mero estudio teórico, sino de una obra situada en la vanguardia del conocimiento, que propone herramientas y casos prácticos —reales y simulados— para mostrar cómo aplicar la IAG al Derecho civil, en particular a la determinación, cálculo y liquidación del pasivo ganancial. La obra analiza tanto las oportunidades como los riesgos asociados al proceso de digitalización del Derecho.

La estructura del libro se divide en dos partes claramente diferenciadas y complementarias.

En la primera, la profesora Vivas Tesón examina el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, centrando su análisis en la fase de inventario. Subraya los principios fundamentales que lo rigen, como la presunción iuris tantum de ganancialidad, la confesión de privatividad, la atribución voluntaria de ganancialidad, la subrogación real y el derecho de reembolso. Destaca la importancia de una correcta elaboración del inventario y las implicaciones jurídicas derivadas de su ausencia o deficiente redacción, especialmente en relación con la responsabilidad personal del cónyuge no deudor —o sus herederos— en virtud del artículo 1401 del Código Civil. Posteriormente, se centra en el pasivo ganancial, analizando su definición y marco legal, y resaltando su relevancia, muchas veces relegada frente al activo. La autora aclara que no existe una presunción de ganancialidad para las deudas individuales de los cónyuges y, a partir de ahí, distingue entre pasivo definitivo y provisional. Se ofrece, a continuación, un análisis detallado del artículo 1398 del Código Civil, examinando sus tres apartados —*numerus clausus*— y ofreciendo una perspectiva completa y práctica sobre la identificación de deudas frente a terceros (apartado 1º) y entre los propios cónyuges (apartados 2º y 3º). La sección concluye con un estudio relevante sobre la fiscalidad en la adjudicación del remanente ganancial líquido, haciendo hincapié en la necesidad de lograr un reparto equilibrado que evite adjudicaciones excesivas y, con ello, se minimicen las cargas fiscales.

La segunda parte de la obra representa el núcleo más innovador, donde la autora reflexiona profundamente sobre el papel de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico. Aborda cuestiones actuales como el *pacing problem*, es decir, la brecha entre el desarrollo acelerado de la tecnología y la capacidad del Derecho para regularla adecuadamente, identificándolo como uno de los principales desafíos actuales. Vivas Tesón sostiene que la IA supone un cambio radical en

la práctica del Derecho, al introducir mejoras sustanciales en eficiencia, transparencia y accesibilidad de los procedimientos judiciales y extrajudiciales. Destaca la importancia del *legal prompting*, es decir, el arte de formular instrucciones precisas para obtener respuestas útiles por parte de modelos de IA, así como el rol esencial del jurista como supervisor de posibles errores o inexactitudes en las respuestas generadas. También advierte sobre los riesgos de las llamadas “alucinaciones legales” de la IAG. La autora apuesta por el uso de herramientas de IAG en el tratamiento del pasivo ganancial, ofreciendo ejemplos concretos de *prompts* y demostrando así el potencial de la IA para identificar y valorar las deudas gananciales. Presenta casos de generación automatizada de documentos jurídicos —como convenios, demandas, escrituras o correos electrónicos—, análisis de información, simulaciones de conflictos, generación de materiales accesibles, desarrollo de casos prácticos, elaboración de esquemas para conferencias y creación de FAQ legales. Estos ejemplos no solo confirman la viabilidad técnica, sino también el valor añadido de la IAG en términos de eficiencia, exactitud y accesibilidad.

La contextualización que hace Vivas Tesón del uso de la IA en el ámbito jurídico es realista: no solo destaca sus ventajas, sino también sus posibles riesgos. Señala, por ejemplo, la limitación de algunas herramientas por el acceso restringido a bases de datos legales o la poca transparencia de los algoritmos que genera incertidumbre sobre la fiabilidad de los resultados. Por ello, insiste en la necesidad de una supervisión continua por parte del profesional jurídico. La IA, asegura, no reemplaza al jurista, pero sí transforma su rol: de gestor de información pasa a ser diseñador de *prompts* y curador de contenido jurídico. Este cambio requiere nuevas habilidades, como alfabetización digital, comprensión del pensamiento computacional y una sólida ética algorítmica. De ahí su defensa de una regulación normativa que garantice un uso responsable y eficaz de estas tecnologías.

La originalidad de esta obra radica en ser la primera que analiza la intersección entre una figura clásica del Derecho de familia —el pasivo ganancial— y una tecnología emergente como la IAG. Por ello, representa una contribución valiosa al Derecho civil contemporáneo, indispensable para los juristas que deseen adaptar sus conocimientos al entorno digital del siglo XXI y, en particular, para quienes quieran comprender cómo aplicar la IA a la liquidación de la sociedad de gananciales. Lejos de limitarse a describir el estado actual de las cosas, la profesora propone un modelo de justicia más eficiente, accesible y centrado en el valor añadido del profesional jurídico. Su rigor técnico

y su enfoque pedagógico convierten esta obra en una herramienta útil tanto para la enseñanza como para la práctica legal. En suma, Inmaculada Vivas Tesón nos ofrece un trabajo ambicioso, sólido y firmemente comprometido con la excelencia académica y la innovación tecnológica con responsabilidad.

**RELACIONES ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO
DE DINERO Y EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN
TRIBUTARIA, GONZÁLEZ URIEL, DANIEL.
THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR,
2022.**

YAGO GONZÁLEZ QUINZÁN

Investigador predoctoral (FPU); Universidad de Santiago de
Compostela

Entre el blanqueo de dinero y la defraudación tributaria existen diversas cuestiones problemáticas que, pese a su amplio análisis por la doctrina y por los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, todavía no poseen una respuesta unívoca que calme los intensos debates generados por las relaciones entre los dos delitos. GONZÁLEZ URIEL, doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, autor de más de cuarenta artículos de revista y actualmente Letrado de refuerzo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, área penal, ofrece en esta monografía nuevos y sólidos argumentos en orden a apoyar las tesis dogmáticas y jurisprudenciales con las que concuerda y, al mismo tiempo, refutar aquellas otras posiciones discrepantes que también son objeto de rigurosa exposición en la monografía recensionada.

En lo que atañe a la sistemática de la obra, esta se conforma por un Prólogo elaborado por el Magistrado DEL MORAL GARCÍA, máximo representante en cuanto a la negación del delito de defraudación tributaria –en su modalidad de impago– como hecho previo del blanqueo, oposición que ha reflejado en su paradigmático voto particular a la STS 974/2012, de 5 de diciembre. Al margen de este elemento introductorio y del apartado de conclusiones, la obra consta de tres

capítulos –divididos, a su vez, en varios subapartados– en los que el autor defiende la imposibilidad de que la cuota tributaria sea objeto material del blanqueo; la definición del art. 305.4 CP como causa de levantamiento de la pena; la prescripción del hecho previo como impedimento para la persecución por reciclaje; la admisión restrictiva del autoblanqueo; el concurso de normas entre el lavado de activos y la defraudación tributaria; y, por último, la tributación de las ganancias ilícitas.

En el Capítulo 1 se analiza la tendencia internacional, representada por el GAFI y, siguiendo su estela, por las directivas comunitarias sobre el blanqueo, que considera al delito fiscal como posible hecho previo del lavado de activos. En clave nacional nuestro legislador penal no se pronuncia al respecto, silencio que ha generado una discusión jurídica sin precedentes que, actualmente, se agrava por lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, esto es, la inclusión de la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública como bienes procedentes de una actividad delictiva. GONZÁLEZ URIEL (p. 23 ss.) considera que la previsión administrativa resulta irrelevante en el campo penal, dado el principio de reserva de ley orgánica y la inexistente referencia a una interpretación auténtica que colme el contenido del art. 301 CP por resultar este un tipo penal en blanco. No obstante, la disposición en la ley preventiva reforzó para ciertos autores la tesis favorable al delito fiscal como hecho previo del blanqueo, concepción auspiciada por las Directivas 2015/849, 2018/843 y 2018/1673.

En el Capítulo 2 se analiza, en primer lugar, la cuestión relativa a la cuota defraudada como objeto material del reciclaje, problemática no solventada a pesar de que la STS 974/2012, de 5 de diciembre, se manifieste positivamente al respecto. Contra la solución esgrimida por el Alto Tribunal se erige como detractor GONZÁLEZ URIEL (p. 51 ss.), quien denuncia la flagrante infracción del principio de legalidad al determinarse como ilícitas ganancias derivadas de actividades legales que no son objeto de ulterior declaración. Considera determinante la preexistencia de la cuota tributaria en el patrimonio del sujeto como resultado de negocios jurídicos lícitos, de forma que los bienes se hallan integrados en el tráfico económico legal; admitir lo contrario equivaldría a que todo acto con dinero lícitamente obtenido hasta la comisión del fraude fiscal sería una operación de blanqueo, a pesar incluso de no haberse consumado el delito previo.

Conforme a la concepción que propugna el autor, la cuota tributaria se define como un ahorro o falta de gasto, distinto al enrique-

cimiento propio que suponen otros delitos que sí son base para el blanqueo. A diferencia de las modalidades de obtención indebida de devoluciones y disfrute también indebido de beneficios fiscales, en la elusión fiscal no existiría una relación causal entre la posterior omisión tributaria y los bienes obtenidos previamente. Ahora bien, a partir de la STS 974/2012, de 5 de diciembre, la jurisprudencia afirma la idoneidad de la cuota tributaria como objeto material del blanqueo, apoyándose en la amplitud otorgada por los instrumentos internacionales a los conceptos de “bienes” y “producto” del delito. El incumplimiento de la obligación fiscal constituye una ganancia –superior a 120.000 euros– para el defraudador y un perjuicio para la Hacienda Pública; por tanto, conforme a las teorías causales válidas, se produce un aumento patrimonial que no existiría en caso de cumplirse con las efectivas cargas tributarias. En relación con la causalidad, un sector doctrinal apela a la teoría de la “afectación del patrimonio a un fin”, la cual niega GONZÁLEZ URIEL (p. 53) al señalar que dicha construcción, de raigambre civilista, requiere de una habilitación legal expresa.

Seguidamente, se aborda la identificación de los bienes objeto de fraude fiscal en una masa patrimonial, pues en su defecto no es posible el reciclaje al no existir objeto material. Probar la concreta cuantía sobre la que se realizan los elementos objetivos y subjetivos del art. 301 CP resulta de extrema dificultad, a pesar de la prueba por presunciones. Con todo, ciertos autores advierten que esta complejidad no resta tipicidad a los hechos, razón por la que se han desarrollado las siguientes teorías: la imposibilidad de su determinación y, por ende, del ulterior blanqueo; la limitación a aquellas operaciones de blanqueo que recaen sobre la totalidad de la base imponible o sobre una cantidad económica que incluya gran parte de la cuota tributaria, solución adoptada por el Tribunal Supremo; y la contaminación total del patrimonio. Para GONZÁLEZ URIEL (p. 67 ss.) ninguna ofrece suficiente seguridad jurídica, pues la coexistencia de rendimientos lícitos con aquellos obtenidos del delito dibuja supuestos de duda que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, implicarán la absolución por reciclaje. Además, rechaza la necesidad de una condena previa por el delito fiscal y alaba las exigencias jurisprudenciales en orden a acreditar, de un lado, las circunstancias materiales y temporales de la cuota defraudada y la acción de blanqueo en la que se concreta, y, de otro, la ocultación del origen ilícito de los bienes como elemento subjetivo del injusto del art. 301 CP.

En aras de completar un trabajo exhaustivo sobre las relaciones entre el delito fiscal y el lavado de activos, extremo que sin duda alguna se consigue, el autor ofrece de forma sintética, pero profunda-

mente crítica, su postura respecto a la naturaleza jurídica de la regularización tributaria *ex art. 305.4 CP* –y sus consecuencias en relación con el blanqueo– tras la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre. Un sector doctrinal define la mentada regularización tributaria como una causa de justificación sobrevenida, al concebirse la ausencia de regularización como un elemento negativo de la tipicidad, mientras que otro aboga por considerarla como una causa de levantamiento de la punibilidad, esto es, una excusa absolutoria. A esta posición se adscribe GONZÁLEZ URIEL (p. 78 ss.), que pondera que como consecuencia de la regularización tributaria, la cuota defraudada se descontamina y ello impide afirmar la existencia de una actividad delictiva previa, al mismo tiempo que excluye el dolo de ocultación propio del reciclaje.

Al hilo del estudio del art. 305.4 CP, se incluye un subapartado específico en el que se analiza la “amnistía” introducida por el RDL 12/2012, de 30 de marzo, declarada inconstitucional por la STC 73/2017, de 8 de junio. La definición de esta figura como causa específica de anulación de la pena o como “amnistía” dividió a la doctrina en dos facciones, si bien mayoritariamente se abogó por su definición como excusa absolutoria al restringirse el término “amnistía” a la desaparición de los efectos derivados de delitos de corte político. La segunda de las cuestiones problemáticas, vinculada con el ámbito penal, consistía en determinar si resultaba posible perseguir por blanqueo aquellas operaciones realizadas con dinero obtenido del delito fiscal una vez que se regularizaba la situación tributaria, pues se exoneraba de responsabilidad con el pago del 10% de la cuantía defraudada. Acerca de este interrogante, GONZÁLEZ URIEL (p. 96 ss.) coincide con aquellas voces doctrinales que defendían que esta causa específica de levantamiento de pena se distinguía del art. 305.4 CP en la posible punibilidad de los delitos conexos.

Asimismo, en la monografía se abordan extensamente dos cuestiones relacionadas con la prescripción del delito fiscal: por un lado, la determinación del *dies a quo* en la defraudación tributaria tras la reforma del 2012; y, de otro, la posible persecución por blanqueo ante la prescripción del delito fiscal. Respecto a la primera cuestión, la definición del art. 305.4 CP como excusa absolutoria permite afirmar la intranscendencia de esta respecto a la prescripción del delito fiscal; no obstante, conforme a la tesis que concibe la regularización como elemento negativo del tipo, el plazo de prescripción se extendería de 5 a 9 años al requerirse la iniciación de los procedimientos de investigación o comprobación por la Administración tributaria. GONZÁLEZ URIEL (p. 100 ss.) estima esta última posición contraria a la seguridad

jurídica –al hacer depender la consumación de circunstancias externas no imputables al sujeto– e incompatible con el art. 131.1 CP.

En cuanto a la apreciación del delito de blanqueo ante la prescripción del hecho previo, una parte de la doctrina plantea que la prescripción del delito fiscal no conlleva la descontaminación de los bienes, apoyándose en el art. 127.4 CP y en el principio de accesoriedad *ex* art. 300 CP. El sector contrario propugna que la anterior concepción carece de idoneidad por eliminar el plazo de prescripción de 5 años propio del art. 305 CP –y atribuirle, ante cualquier operación realizada con dinero del fraude fiscal, un plazo de 10 años *ex* art. 131.4 CP– y por contravenir el art. 1956 CC. GONZÁLEZ URIEL (p. 112 ss.) niega la posibilidad de condena por reciclaje ante la declaración de la prescripción del hecho previo en un auto de sobreseimiento libre –con idéntica fuerza de cosa juzgada que una sentencia absolutoria–. Considera que la presunción de inocencia impide fijar el origen de los bienes en una actividad delictiva cuando ésta ha prescrito de forma previa a los concretos actos de encubrimiento, y desecha la fijación del *dies a quo* de la prescripción del blanqueo por posesión en la toma de posesión de los bienes contaminados –momento de consumación del delito fiscal–, pues ello salva la imprescriptibilidad del blanqueo, no recogido en el art. 131.3 CP, pero extiende el plazo de prescripción del delito fiscal a 10 años. Por último, arguye la inseguridad de las relaciones comerciales ante el carácter delictivo de los bienes *sine die* y la incongruencia de no aplicarse el decomiso ampliado, pero sí el blanqueo, sobre bienes cuyo origen radica en un delito prescrito.

Otra cuestión que posee un cabal tratamiento en la monografía es aquella referida al autoblanqueo y a las profundas polémicas que suscita, incluso antes de su expresa tipificación a través de la LO 5/2010, de 22 de junio. La reciente Directiva 2018/1673 obliga a los Estados miembros a castigar el autoblanqueo en relación con la conversión, transmisión, ocultación y encubrimiento, pero no impone dicho mandato respecto a la adquisición, posesión y utilización, supuestos en los que se considera conveniente su supresión al infringirse el *non bis in idem* con la apreciación del concurso real entre el delito fuente y el blanqueo. GONZÁLEZ URIEL (p. 151 ss.) propugna un rechazo todavía mayor en relación con el autoblanqueo de la cuota tributaria por adquisición, posesión y utilización, pues con tales conductas no existe un desvalor añadido y la ocultación se trata de un elemento definitorio de la defraudación tributaria.; por ello, aunque admite *de lege data* el autolavado, clama por una interpretación restrictiva a través del principio de insignificancia, la afectación al bien jurídico protegido y la doctrina de los actos neutros.

El Capítulo 2 se cierra con el análisis de la relación concursal entre el blanqueo y la defraudación tributaria –referida a la elusión fiscal, pues se admite el concurso real respecto a las demás modalidades y en el fraude de subvenciones–. GONZÁLEZ URIEL (p. 178 ss.) aboga por el concurso de normas entre los dos delitos a resolverse mediante la regla de la consunción, aunque las últimas directivas sobre el blanqueo y la jurisprudencia apoyan el concurso real –si bien restrictivamente, pues se exige la finalidad de ocultación en todas las acciones de lavado–. El autor estima que las conductas de blanqueo son actos copenados por constituir el agotamiento del previo delito fiscal, razón por la que el concurso de leyes es el tratamiento más idóneo en la medida en que ambos ilícitos comparten una misma línea lesiva. Asimismo, considera que la protección de distintos valores con cada norma penal no es un obstáculo para aplicar la regla de la consunción, pues ambos ilícitos comparten el orden económico como bien jurídico mediato.

Finalmente, el Capítulo 3 se dedica a la “clásica” discusión sobre la tributación de las ganancias ilícitas y, con ello, la posibilidad de castigar en concurso real el delito por el que se obtienen los beneficios ilícitos y el fraude fiscal posterior. La doctrina contraria a tales postulados arguye cuatro argumentos: el derecho fundamental a no confesarse culpable como causa de justificación *ex art. 20.7º CP*; la inexistencia de una relación jurídico-tributaria, pues en un impuesto como el IRPF no se prevé como hecho imponible la consecución de rentas ilícitas; en el plano de la ética, un estado no puede convertirse en receptor, blanqueador o incluso partícipe del delito del que proceden las ganancias; y la aplicación del comiso como figura para impedir que la persona se aproveche de lo obtenido por su actuación delictiva. GONZÁLEZ URIEL (p. 206 ss.) considera que el principio de igualdad en el tributo determina que no puede otorgarse un trato más beneficioso a quien obtiene ganancias por la comisión de un delito frente a quien obtiene rentas lícitas no declaradas ulteriormente, y niega que no exista previsión legal alguna para la incardinación de las rentas ilícitas, pues el art. 39 de la LIRPF alude a las ganancias patrimoniales no justificadas. Como correlativa, reconoce la responsabilidad penal por defraudación fiscal como consecuencia de no declarar las rentas ilícitas, si bien clama por una restricción al máximo del concurso real entre el delito fuente y el fraude fiscal posterior, razón por la que aplaude la doctrina sentada en la STS 20/2001, de 28 de marzo.

A la vista de todos los puntos reseñados y del profundo análisis que realiza el autor para contribuir a la resolución definitiva de las

problemáticas que se plantean entre el blanqueo y la defraudación tributaria, la monografía se considera una gran aportación a la ciencia jurídica que no se restringe únicamente a recoger los argumentos esgrimidos con anterioridad, sino que en ella se aportan nuevas claves a tener en cuenta en las inacabadas polémicas. El autor expone con claridad cada debate doctrinal y jurisprudencial, logro que es fruto de una esquematización del contenido que permite comprender el estado de cada cuestión en la actualidad. En todas las disquisiciones se adopta un óptimo método de investigación: primero se expone tanto la regulación anterior como la vigente para comprender la evolución y las verdaderas intenciones del legislador con cada reforma; luego se plasman las distintas posiciones mantenidas respecto una determinada polémica; se recaban las soluciones adoptadas en países de nuestro entorno jurídico, sin suponer las referencias de Derecho comparado estudios cargantes; y, en último lugar, el autor expone su postura en orden a conseguir un pleno respeto de los principios penales, tributarios y constitucionales. Se alaba la visión crítica del autor en cada uno de sus razonamientos y, sobre todo, se comparten las reivindicaciones en cuanto a la necesidad de pronunciamientos expresos por el legislador que den respuesta a las lagunas existentes y exoneren al poder judicial de cumplir la tarea que le corresponde al legislativo.

LA INICIATIVA POPULAR DE NORMA EN CHILE. ¿UN TRASPLANTE NORMATIVO?, SOTO BARRIENTOS, FRANCISCO Y SUÁREZ ANTÓN, ORESTES, TIRANT LO BLANC, VALENCIA, 2024

CARLOS RUIZ MIGUEL

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

1. Francisco Soto y Orestes Suárez recientemente han publicado este breve, pero sustancioso libro por sobre la “iniciativa popular de norma”, expresión acuñada en el Derecho Constitucional chileno y que permite agrupar tanto a la iniciativa popular para la aprobación de una norma legislativa como a la de una norma constitucional. La obra de Soto y Suárez presenta un gran interés para conocer las últimas tendencias sobre la figura de la “iniciativa legislativa popular” (ILP, en adelante) y su aplicación a normas constitucionales, lo que los autores no llaman, pero nosotros nos atreveríamos a llamar la “iniciativa constitucional popular” (ICP, en adelante). Ambas figuras, la ILP y la ICP serían partes de una categoría común que sería la “iniciativa popular de norma” (IPN, en adelante). La obra nos incita a realizar algunas reflexiones sobre el pasado, el presente y el futuro de la iniciativa popular de norma.

La aportación de Soto y Suárez tiene bastantes méritos, sobre los que trataré, aunque también me suscita varias discrepancias que intentaré exponer, tanto sobre el origen de la IPN, como sobre su presente en España y en la UE, y sobre su virtualidad futura siguiendo el modelo chileno en relación a la ICP. Algunas discrepancias puntuales las indicaré al hilo de las aportaciones positivas de la obra y otras, de más entidad, las desarrollaré aparte.

La obra se divide en tres capítulos (creo que los dos últimos podrían también haberse agrupado en uno), siendo el primero el dedicado al pasado y presente de la ILP, el segundo a la ICP en los procesos constituyentes y el tercero a la ICP en el caso de los fallidos procesos constituyentes de Chile de 2021-2022 y de 2023 (como luego diré me parece cuestionable calificar así el de 2023). Todos los capítulos están ilustrados con varias tablas (10, en total) muy aclaratorias.

2. El libro parte de una distinción entre ILP “fuerte” o “directa” (la que puede obligar a que se celebre un referéndum sobre su aprobación, p. 135), e ILP “débil” o “indirecta” (que sólo obliga a que el Parlamento considere la iniciativa). Los autores toman como referente de la primera a Condorcet y de la segunda a Kelsen, y si bien en el caso de Kelsen esto no admite duda, en el caso del primero no está claro que sea así, en mi opinión. Sobre Condorcet trataremos más adelante.

Los modelos de ILP “fuerte” más caracterizados, según Soto y Suárez son Suiza, Italia y Uruguay. No obstante, la inclusión de Suiza en este grupo se hace en la obra sin matizar y diferenciar porque la Constitución federal contempla la iniciativa popular tanto para “legislar” negativamente, como para reformar la Constitución, razón por la cual no parece que Suiza pueda ser enteramente asimilada a los casos de Italia y Uruguay, cuyas Constituciones contemplan la iniciativa popular sólo para convocar el referéndum abrogatorio de leyes de ciertas materias. Me resulta muy sorprendente que al tratar de Suiza como ejemplo de ILP “fuerte” los autores citen los artículos de la Constitución federal relativos a la posibilidad de que los ciudadanos soliciten un referéndum sobre normas constitucionales (artículos 138 y 139), pero no mencionen en ningún momento la disposición que permite la iniciativa popular para someter a referéndum las “leyes” y eventualmente los tratados internacionales (artículo 141 de la Constitución federal de 18 de abril de 1999).

Expuestos los modelos de ILP “fuerte”, Soto y Suárez analizan los ejemplos de ILP “débil”, modelo cuyo primer inspirador fue Kelsen en su “Esencia y valor de la democracia” (1920). A este respecto examinan los distintos casos en función de tres grupos de variables: la primera es la de quién y sobre qué puede lanzar una ILP, la segunda es la de cómo se debe articular y la tercera es la de cuál es el procedimiento parlamentario de esa ILP. A este respecto los autores se muestran favorables a ampliar la legitimación para participar en una ILP a menores de edad e incluso a extranjeros (p. 43-44). No puedo sino

disentir de este planteamiento. Nadie duda, tampoco los autores, que la ILP es una forma de participación política que busca remediar el distanciamiento entre representantes y representados. Por esa misma razón resulta inaceptable la inclusión de extranjeros en esta institución, ya que ni eligen representantes ni son representados por ellos. Sólo quienes tienen reconocido el derecho de “participación política”, esto es, los ciudadanos, esto es, los nacionales, pueden tener derecho a participar a través de una ILP. Por la misma razón, resulta contradictorio que un menor, que no puede participar mediante el sufragio, pudiera hacerlo a través de una ILP. Ciertamente que una ILP no “decide”, mientras el sufragio sí “decide”, pero no parece coherente poder participar en la formación de un debate “político” en el que no se puede decidir.

Sobre esos tres grupos de variables examinan estos autores los casos de Austria, España y la UE, en Europa, y los de diversos países hispanoamericanos (incluyo en el término a Brasil). La inclusión de la UE en este grupo me parece improcedente por razones que luego explicaré. Me quiero ahora centrar en el hecho de que los autores dan por hecho (Tabla 2, en la página 42 y 54) que en España se puede articular una ILP con un sistema “on-line”. Esto sólo aparentemente es así, pero en realidad no lo es. Y merece la pena que nos detengamos en este punto. En 2006 se introdujo un párrafo 4 al artículo 7 de la ley orgánica que regula la ILP en España¹ que reza “Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente”. Ocurre que este precepto ha sido desarrollado por un Acuerdo de la Junta Electoral Central (JEC) de 2009². Este Acuerdo establece que “la Comisión Promotora deberá comunicar a la JEC el sistema de firma electrónica que pretenda utilizar y facilitar a ésta, en el caso de que fuera necesario, el sistema utilizado para la verificación de las firmas electrónicas”. O, dicho de otro modo, el Estado no facilita la plataforma para la recogida de firmas en formato digital. Debe ser la comisión promotora de la ILP la que diseñe, o contrate a sus propias expensas, un sistema de recogida de firmas electrónicas, que debe después ser validado por la JEC. Por mi propia experiencia puedo decir que un sistema que pueda cumplir estos requisitos cuesta decenas de miles de euros. Coste que los promotores deben asumir.

¹ Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular.

² Acuerdo 217/2009 de la Junta Electoral Central, de 17 de septiembre de 2009 sobre sobre firma digital a efectos de pliegos de recogida de firmas para presentación de iniciativa legislativa popular.

3. Los autores incluyen dentro del primer capítulo, dedicado a la iniciativa *legislativa* popular un subcapítulo sobre “la reforma constitucional por medio de la iniciativa legislativa popular” (p. 76-80). Una posible explicación es porque quieren distinguir las iniciativas para la “reforma” constitucional de las iniciativas para procesos “constituyentes”. Pero dejando de lado la cuestión (que más adelante se tratará) de que es cuestionable la calificación de “constituyentes” a ciertos procesos a quienes dan esa calificación (y, en especial, al chileno de 2023), lo cierto es que ni parece lógico mezclar ILP y ICP siendo su objeto materias tan diferentes ni parece lógico que, en caso de haber tomado conscientemente esa opción no se haya tratado en ese subcapítulo el caso de Suiza.

De entrada, es evidente que una norma de rango “legal” es diferente de una norma de rango “constitucional”, razón por la que creemos que debe diferenciarse una ILP de una ICP. Pero es que, además, los autores advierten que algunos de los casos estudiados (citan los supuestos de Honduras, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Italia y Lituania) “no establecen limitaciones materiales de ningún tipo”, a diferencia del supuesto (que se da en Letonia) de límites materiales a las iniciativas de introducción de normas constitucionales, prohibiéndose propuestas “inaceptables en una sociedad democrática” (p. 76). Por tanto, allí donde no hay límites materiales a la iniciativa para introducir una norma constitucional ¿podemos hablar sólo de “reforma” constitucional? Y si el cambio es sustancial ¿no estamos ante una “supresión” de la Constitución anterior y de un cambio “de” Constitución más que de un cambio “en” la Constitución?³ Y, si esto es así, ¿no debería este sub-capítulo haber sido incluido en el capítulo 2 que trata de la iniciativa en los procesos constituyentes?

Igualmente, parece difícil de explicar que no hayan ubicado su estudio sobre Suiza (p. 25-26) en este subcapítulo sobre la iniciativa popular en la reforma constitucional (p. 76-80) siendo así que, en su tratamiento, como antes apunté, analizan los artículos de la Constitución federal que contemplan precisamente ese supuesto.

4. El segundo capítulo de la obra de Soto y Suárez trata sobre la iniciativa en los procesos constituyentes, aunque los autores también hablan de “reemplazo” constitucional, aunque quizá no sean términos totalmente sinónimos. La ICP puede ser considerada como una

³ Utilizamos las categorías acuñadas por Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Alianza, 1996, Madrid, p. 115 ss.

de las varias técnicas para facilitar la participación popular en estos procesos constituyentes o de “reemplazo” constitucional. A este respecto establecen una escala para clasificar los procesos deliberativos en los cambios constitucionales (bien sintetizados en la Tabla 8, en p. 85). Distinguen así procesos constitucionales “simbólicos”, “controlados”, de “desborde participativo”, de “apertura” y “constituyentes” (p. 86-87). Dentro de este esquema el sometimiento a referéndum de un texto constitucional es una de las técnicas (muy relevante, ciertamente) para hacer posible esa participación. Pero no sería la única técnica y de ahí que presten atención a la iniciativa popular en la redacción de la Constitución tomando tres ejemplos ilustrativos: Brasil (1988), Polonia (1997) e Islandia (2012-2013).

El caso de Brasil muestra interés porque hubo numerosas iniciativas ciudadanas para introducir normas en la nueva Constitución que se estaba elaborando tras los períodos de dictadura militar. Sin embargo, observan los autores “no se identifica incidencia literal de alguna de las iniciativas en el texto”, aunque “pueden establecerse ciertas coincidencias genéricas” (p. 92). También aluden nuestros autores al caso de Islandia (p. 94-96) que no se configuró formalmente como de ICP, pudiendo ser considerado más bien como un caso de “interacción” entre ciudadanos y el “Consejo Constitucional” encargado de elaborar el texto que luego debería someterse a referéndum consultivo y a la aprobación de un nuevo parlamento. Sin embargo, el nuevo parlamento elegido al efecto no ratificó el texto, marcando el fracaso de este proceso constituyente.

Para mí, el caso más interesante de los estudiados por Soto y Suárez es el de Polonia (p. 93-94) que es el único que, en mi opinión, puede ser calificado en rigor como un proceso popular constituyente. Tras la caída del comunismo la transición hacia un sistema político diferente vino marcada por la pugna entre los grupos que se opusieron al régimen comunista y los sectores del régimen comunista que pretendían diseñar una transición hacia un nuevo régimen. Esta pugna se tradujo en la elaboración de dos proyectos de Constitución por vías diferentes: los sectores del antiguo régimen, controlando la legalidad, elaboraron un proyecto de nueva Constitución desde la Asamblea Nacional; los sectores de oposición, agrupados en torno al sindicato Solidaridad hicieron, de modo popular y totalmente al margen de las estructuras del Estado, su propio proyecto de Constitución. La oposición solicitó que se sometiesen a referéndum los dos proyectos de Constitución para que el pueblo eligiera uno o el otro, pero el Parlamento, lógicamente controlado por los restos del antiguo régimen comunista, rechazó (por 357 contra 36 votos) esta posibilidad.

Así pues, sólo se sometió a referéndum el proyecto de Constitución elaborado por los elementos del antiguo régimen comunista que fue aprobado por una exigua mayoría del 52'7% en un referéndum en el que sólo votó un 43% del censo. Es decir, la Constitución polaca se aprobó sin el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos del censo. Este peculiar proceso de transición explica muchos de los problemas político-constitucionales de Polonia de los últimos años, en especial, las leyes sobre el poder judicial que buscaban eliminar a los jueces del antiguo régimen comunista que siguieron en sus puestos, leyes que han sido desautorizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias.

5. El tercer y último capítulo de la obra de Soto y Suárez estudia la experiencia chilena en los procesos constituyentes de 2021-2022 y de 2023 (a mi entender sólo lo es el primero). En 2019 Chile sufrió unas graves turbulencias políticas que produjeron una crisis del sistema político y que procuraron mitigarse con la convocatoria de un proceso constituyente, mediante la ley 21.000 de 23 de septiembre de 2019. Este proceso, rigurosamente democrático, se inició con un primer referéndum donde se sometió a la ciudadanía la decisión de abrir o no un proceso constituyente. Los chilenos el 25 de octubre de 2020 aprobaron, con un 78,27%, iniciar el proceso constituyente. La asamblea constituyente ("Convención") fue elegida con una participación electoral del 78'99% del censo el 15 y 16 de mayo de 2021. La "Convención" aprobó, entre otros, un "Reglamento de participación popular" que incluyó la "iniciativa popular de norma" (IPN), como mecanismo para facilitar la participación de la ciudadanía en la elaboración de la Constitución. Un dato muy relevante, que subrayan Soto y Suárez es que "desde la perspectiva comparada destaca la completa digitalización de la fórmula chilena" (p. 106). La obra de estos autores analiza exhaustivamente las iniciativas presentadas, las admitidas y las que finalmente fueron aprobadas e incorporadas al texto de la Constitución. Sin embargo, en el referéndum celebrado el 4 de septiembre de 2022, con una participación del 85%, el 62% de los chilenos rechazaron el proyecto de Constitución.

El fracaso del proceso constituyente de 2019-2022, llevó a iniciar un nuevo proceso, sólo aparentemente constituyente. La ley 21.533 de 17 de enero de 2023 modificó de nuevo la normativa sobre la reforma constitucional de la Constitución vigente (de 1980). Pero introdujo, en el nuevo artículo 154, una cláusula según la cual "La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al me-

nos, las siguientes bases institucionales y fundamentales: (...). Esas bases eran 12 e introducían límites materiales al trabajo “constituyente” que, de este modo, quedaba limitado a ser una reforma constitucional; de ahí que no podamos concordar con los autores cuando califican a este proceso de 2023 como “constituyente”. El dato relevante es que aquí, nuevamente, el Congreso Nacional aprobó un reglamento contemplando mecanismos de participación ciudadana entre los que se encontraba la IPN. En el proceso de 2023 la IPN fue un instrumento cuantitativamente menos importante (1602 iniciativas frente a 6.105 en el proceso de 2021-2022). También aquí el libro de Soto y Suárez hace un detallado análisis de todas las iniciativas y concluye que, si bien ninguna fue “formalmente acogida”, varias terminaron “parcialmente consideradas” (p. 130). En todo caso, esas iniciativas, tal y como quedan reflejadas en esta obra, a mi juicio, fueron aportaciones de muy escasa importancia. Debe reconocerse, no obstante, como hacen Soto y Suárez, que el número de personas movilizadas y el hecho de que algunas llegaran a incidir en la deliberación del texto constitucional, son aportaciones positivas (p. 131).

6. Expuestas las líneas generales de la obra de Soto y Suárez quiero detenerme en dos puntos que me parecen cuestionables. El primero es el de otorgar la “paternidad” de la ILP en general, y de la ILP “fuerte” en particular a Nicolás de Condorcet. En 1793 se publicó un “Plan de Constitución” firmado por un “Comité de Constitución” del que formaban parte Condorcet, Gensonné, Barrere, Barbaroux, Thomas Payne, Pétion, Vergniaud y Emmanuel Siéy⁴, aunque se considera que el autor fue Condorcet⁵. Este “Plan” y la Constitución que contenía incluía un Título VIII con el título de “De la Censura del Pueblo a los actos de la representación nacional y del derecho de petición”. Soto y Suárez, asumiendo las tesis expuestas por Mercier que considera que la iniciativa diseñada por Condorcet conduce a un referéndum⁶, dan por sentado que este texto es la primera formulación de una ILP “fuerte” (p. 12, 23 y 135). Sin embargo, el mecanismo de “censura” previsto creo que muy difícilmente puede identificarse con una ILP.

⁴ *Plan de Constitution présenté à la Convention Nationale*, Imprimerie Nationale, París, 1793.

⁵ Anne-Cécile MERCIER, Le référendum d’initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet, *Revue Française de Droit constitutionnel* n. 55 (2003), p. 483-512 (p. 486, nota 23).

⁶ MERCIER, op. cit., p. 487.

Para entender el mecanismo previsto por Condorcet es necesario entender que en el modelo de la Constitución de 1793 la elección del “Cuerpo Legislativo” se hace a través de una votación a dos vueltas realizada en las “asambleas primarias” existentes en los municipios de cada provincia. El artículo I del título VIII de la Constitución de 1793 establece que “Cuando un Ciudadano crea que es útil o necesario excitar la vigilancia de los Representantes del Pueblo sobre actos de Constitución, de Legislación o de administración general, para provocar la reforma de una ley existente o la promulgación de una nueva ley, tendrá derecho a pedir a la oficina de su Asamblea primaria, que la convoque el domingo siguiente, para deliberar sobre su propuesta”. Este “acto de requerimiento” (*acte de réquisition*) sólo podrá presentarse si cuenta con la firma de 50 ciudadanos residentes en el distrito de la asamblea primaria (artículo III, del título VIII). Si se aprueba en su asamblea primaria la iniciativa se deberá discutir en las demás “asambleas primarias” del municipio (*Commune*) en donde viva el que quiera presentar la iniciativa (artículo VII del título VIII). Si las “asambleas primarias” del Municipio aprueban la iniciativa se deberán convocar las demás “asambleas primarias” de la Provincia (*Département*) (artículo X del título VIII). Sólo si la mayoría de las “asambleas primarias” de la provincia apoyan la iniciativa la misma podrá transmitirse a la Administración de la provincia la cual presentará la iniciativa ante el Cuerpo Legislativo (artículo XIII del título VIII). Si la mayoría del “Cuerpo Legislativo” apoya la iniciativa se tramitará como proyecto de ley (artículo XVIII del título VIII). Pero si la iniciativa es rechazada por el Cuerpo Legislativo su rechazo será comunicado a las “asambleas primarias” y si las “asambleas primarias” de alguna provincia así lo solicitan se podrá convocar a todas las “asambleas primarias” para que decidan si ha lugar a censurar al Cuerpo Legislativo revocando su decisión (artículos XX-XXI del título VIII). Si por “mayoría de votos en las asambleas primarias” se revoca el rechazo del Cuerpo Legislativo, se deberá proceder a una nueva elección de este en la que no podrán ser elegidos para esta nueva legislatura los legisladores que rechazaron la iniciativa (artículo XXII del título VIII). Si el nuevo Cuerpo Legislativo vuelve a rechazar la iniciativa presentada por las “asambleas primarias” su decisión de rechazo puede, a su vez, ser objeto de censura por el mismo procedimiento (artículo XXVI del título VIII).

Este sistema de censura también se puede utilizar para atacar las leyes que se consideren contrarias a la Constitución (artículo XXVII del título VIII) y para instar la reforma de la Constitución (artículo V del título IX de la Constitución) con la particularidad de que

cuando las “asambleas primarias” de una provincia hayan promovido la reforma de la Constitución el Cuerpo Legislativo tiene obligación de consultar a todas las asambleas primarias de la República y, si la “mayoría de votantes” apoyan la reforma la misma se debe dar por aprobada (artículo VI del título IX de la Constitución).

Es también importante advertir que la Constitución de 1793 distingue la “censura” (de la que se ha hablado en el párrafo precedente) del “derecho de petición” que se configura sólo para cuestiones de interés personal privado (artículo XXXI del título VIII).

Creo necesaria la exposición de este farragoso sistema ideado por Condorcet para dejar claro que a mi modo de ver la “censura” de la Constitución de 1793 no es una ILP. Si una ILP “fuerte” es aquella que puede obligar a celebrar un “referéndum” sobre su aprobación, aquí vemos que, a pesar de lo que afirman Soto y Suárez (p. 12) en el modelo de Condorcet no se obliga a celebrar un “referéndum”, para aprobar o derogar un texto legislativo, sino para censurar el rechazo a aprobar o derogar un texto legislativo, sin que esa censura, de producirse, signifique la aprobación o derogación de este texto legislativo. En primer lugar, para aceptar esta tesis debemos asumir que los votos en las diversas “asambleas primarias” son un equivalente a un referéndum. En segundo lugar, es necesario aclarar que si la iniciativa es apoyada por el “Cuerpo Legislativo” no se impone la definición de la ciudadanía a los representantes mediante un “referéndum”, sino que la iniciativa se tramita por el propio Cuerpo Legislativo mediante el procedimiento legislativo sin consultar al resto de “asambleas primarias”. En tercer lugar, es fundamental aclarar que si se rechaza la iniciativa por el “Cuerpo Legislativo”, lo que la ciudadanía puede hacer, a través de ese complicado procedimiento descrito, es “anular el rechazo”, pero no imponer una decisión “legislativa”, como sí ocurre cuando la iniciativa se somete a referéndum como en el modelo pionero de Suiza.

En este análisis dejamos de lado la idea sugerida por algún autor que ve en esta construcción un propósito táctico de Condorcet que podría ser no tanto el de desarrollar el papel del pueblo, sino el de acabar con el reinado del populacho⁷. La fórmula de Condorcet trata, en primer lugar, de canalizar las propuestas de determinadas “asambleas primarias” para que sólo puedan ser consideradas si son aceptadas en el conjunto de la provincia y, en segundo lugar, de neu-

⁷ Michel PERTUÉ, « La censure du peuple dans le projet de constitution de Condorcet », en Pierre Crepel y Christian Gilain (coords.), *Condorcet, mathématicien, économiste, philosophe, homme politique*, Paris, 1989, p. 322-332.

tralizar la reacción de esas “asambleas primarias” al eventual rechazo del “Cuerpo Legislativo” a sus propuestas. De esta suerte aunque aparentemente se diseña una censura al “Cuerpo Legislativo” la realidad es que el resultado puede abocar a una censura de la mayoría de la República a las iniciativas de un pequeño sector de la misma. Esta interpretación creemos que encuentra fundamento en la “Exposición de los principios y de los motivos del Plan presentado a la Convención nacional por el Comité de Constitución” que antecede al proyecto de Constitución. En esa “Exposición” queda clara la preocupación de que “ciertas porciones del territorio” puedan ejercer sobre la República una influencia contraria a la igualdad que debe reinar entre ellas⁸. Una alusión clara a París.

7. Tampoco puedo compartir el tratamiento que dan Soto y Suárez a la llamada “Iniciativa Ciudadana Europea” (ICE) considerándola como una ILP (aunque sea para calificarla como ILP “débil”). Esta figura, propuesta por primera vez en el artículo I-46.4 (por error la obra menciona el 47.4) del fracasado “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” fue recogida después en el artículo 11.4 del Tratado de la Unión Europea para ser desarrollada en el Reglamento (UE) 211/2011 derogado por el Reglamento (UE) 2019/788, actualmente en vigor. Sin entrar en otros aspectos técnicos de la institución, analizados con detalle por Soto y Suárez, ambos autores en varias ocasiones (p. 63, 65, 66) califican como “toma en consideración” el que la Comisión de la UE acepte examinar una ICE. La expresión “toma en consideración” naturalmente puede ser utilizada en un sentido no técnico, equivalente a aceptar estudiar un asunto, pero en el Derecho Parlamentario, y cuando tratamos de una ILP creo que ese es el marco de estudio, la “toma en consideración” es un debate inicial que lleva a cabo el Parlamento sobre el conjunto de una proposición de ley. Dado que la Comisión no forma parte del Parlamento Europeo me parece que no debería usarse esa expresión para estudiar la ICE. Creo suficiente con utilizar el término contenido en el propio reglamento y en las sentencias del TJUE relativas a la ICE que no es otro sino el de “registro” de la ICE.

Esto nos lleva a la clave de la cuestión para determinar si la ICE es o no es una ILP. La normativa prevé que si la ICE reúne el número de firmas exigidas será registrada y publicada. Aunque el Reglamento de 2019 diga que la Comisión transmitirá la iniciativa recibida “al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo,

⁸ *Plan de Constitution présenté à la Convention Nationale*, cit., p. 11.

al Comité de las Regiones y a los Parlamentos nacionales”, aunque diga que “se ofrecerá al grupo de organizadores la oportunidad de exponerla en una audiencia pública celebrada por el Parlamento Europeo” y aunque se diga que “después de la audiencia pública, el Parlamento Europeo evaluará el apoyo político a la iniciativa” (artículo 14) hay una cosa cierta e indudable: quien decide tramitar o no tramitar la iniciativa es la Comisión, principal órgano del Poder ejecutivo de la UE y no el Parlamento o el Consejo, los dos principales órganos del Poder legislativo de la UE. Lo dice claramente el Reglamento de 2019: “la Comisión recogerá en una comunicación sus conclusiones de carácter jurídico y político sobre (la ICE), las medidas que se propone adoptar, en su caso, y sus razones para la adopción o no de medidas” (art. 15.2). El Tribunal de Justicia de la UE ha dejado claro que la Comisión, sólo debe razonar si pretende convertir la ICE registrada en un proyecto normativo o si rechaza hacerlo⁹.

Esto significa que, aunque la Comisión registre una ICE por cumplir los requisitos formales exigidos, no tiene obligación de presentar un proyecto de norma ante el Poder Legislativo de la UE (Parlamento, Consejo, pero no ante el Banco Central Europeo). En consecuencia, ni por supuesto es una ILP “fuerte” (pues el Derecho de la UE no contempla el referéndum) ni tampoco una ILP “débil”. No podría ser de otro modo. El sistema político de la UE presenta notables carencias y una de las más llamativas es el cuasi-monopolio de la iniciativa legislativa por la Comisión. Resultaría ciertamente sorprendente que un grupo de ciudadanos pudiera tener iniciativa legislativa cuando no la posee no ya un grupo parlamentario, sino tampoco el “Parlamento Europeo” en su conjunto o el propio Consejo de la UE.

8. Hechas estas observaciones sobre el pasado y estas consideraciones sobre el presente la cuestión final es, ¿qué perspectivas de futuro tiene la IPN, ya sea en su variante de ILP o de ICP? La obra de Soto y Suárez revela que, si bien hay modelos fallidos de ILP, como el de España, hay modelos exitosos como el de Austria. Lo mismo ocurre respecto a la ICP donde junto a modelos exitosos, como el de Suiza, aparecen otros fracasados como el de Guatemala. Otros, aparentemente exitosos como el de Chile, en la práctica tuvieron una eficacia muy discreta. A mi entender, de la exposición de todos estos

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-418/18 P), caso “One of us”. Es importante advertir que Soto y Suárez recoge sentencias anteriores del TJUE sobre la ICE, pero no aluden a ésta que, para mí, reviste singular importancia.

casos se extrae una lección y es que los modelos de ILP “débil” terminan siendo decepcionantes en términos legislativos y, a lo sumo, son una excusa o un instrumento para hacer campañas de concienciación ciudadana sobre determinadas políticas. Sólo los modelos “fuertes”, como el austríaco o el suizo resisten, precisamente porque el esfuerzo de los ciudadanos se puede traducir en decisiones relevantes. En definitiva, las IPN “débiles” sirven para producir una galvanización momentánea del entusiasmo por un régimen político, pero terminan produciendo el efecto contrario. Por el contrario, las IPN “fuertes” refuerzan la solidez de un sistema político. En consecuencia, podemos pensar que tanto en eventuales procesos constituyentes como en eventuales futuras Constituciones sólo la inserción de una IPN “fuerte” debiera merecer la atención.

***RAFAEL ALTAMIRA EN EL COMITÉ DE LOS DIEZ,
RIPOL CARULLA, SANTIAGO, ED. MARCIAL PONS,
BARCELONA 2025***

ISABEL SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT¹

Profesora Titular de Historia del Derecho.
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra ha elaborado este trabajo de investigación sobre la figura de Rafael Altamira y Crevea con el cual ha obtenido precisamente el Premio Rafael Altamira 2023, que otorga la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Rafael Altamira (1866-1951) fue una de las grandes personalidades universales de España del s. XX, ya que aunó en sí mismo varias facetas: fue escritor, pedagogo, historiador, y jurista. Fue también catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo desde 1897 y posteriormente en 1914 accedió a la cátedra de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América en la Universidad Central donde impartió su magisterio en doctorado. De su obra como histo-

¹ Este trabajo está realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-124531NB-I00, "El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo" (IPs María Salvador Martínez y Remedios Morán Martín) Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación; Red de investigación: «Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad» (RED2024-153961-T), coordinada por Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027 y Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación», (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00.

riador del Derecho cabe destacar *Historia de España y de la civilización española* en cuatro volúmenes publicados entre 1900 y 1911, el *Manual de Historia del Derecho. Cuestiones preliminares* (1903) y sus trabajos en el ámbito del Derecho indiano, fruto estos de su interés por la América hispana.

La obra del profesor Ripol analiza la persona de R. Altamira desde su vertiente de jurista internacionalista, pues Altamira acabó formando parte del Comité Internacional de Juristas o *Comité de los Diez*, integrado por diez juristas de distintas nacionalidades, encargados de redactar el proyecto de Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI). Altamira llegó a ser juez de este tribunal. Se ve como R. Altamira, catedrático de Historia del Derecho, traspasó las fronteras nacionales llegando a ser un jurista de ámbito internacional.

El libro reseñado se divide en cinco capítulos, los cuales van a ir llevando al lector a comprender cómo R. Altamira fue evolucionando profesionalmente desde su primera docencia e investigaciones en el campo del Derecho y la Pedagogía a acceder al ámbito internacional, participando en congresos, publicaciones y estancias en Europa y América que harán de este personaje un jurista internacional.

El Capítulo primero detalla la formación de R. Altamira como Licenciado en Derecho, Doctor en Derecho, especializándose en un principio en Historia y Pedagogía práctica coincidiendo con su trabajo en el Museo Pedagógico. De esta época destaca su libro *La enseñanza de la Historia* (1891).

Su vinculación con la Institución Libre de Enseñanza (ILE) fue muy temprana puesto que Gumersindo de Azcárate, miembro fundador, dirigió su tesis doctoral y la propia institución y sus ideas aportarán al personaje un ‘estilo de vida’, el propio de la institución: el humanismo krausista, la conciencia de una ética laica, la renovación educativa como proyecto político y el internacionalismo individual. Sus primeros viajes al extranjero harían de nuestro personaje un hombre internacional colaborando en congresos internacionales y publicaciones extranjeras.

Se observa su logro académico al acceder a la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Oviedo (1897) pasando con ello a formar parte del denominado *Grupo de Oviedo*, formado por grandes intelectuales del momento como González-Posada, Álvarez-Buylla, Leopoldo Alas, Rafael Ureña, entre otros, todos ellos muy vinculados a la ILE. Cabe destacar su lección inaugural del curso académico 1898-1899, *El Patriotismo en la Universidad*, que no sólo responderá a la situación política española del momento, con la pérdida de las úl-

timas colonias españolas, sino que aportará reflexiones y propondrá cambios a la colectividad española. En este sentido Altamira se muestra partidario de un intercambio de ideas entre profesores y alumnos extranjeros con los nacionales, y reflexiona sobre temas como el pacifismo, el amor a la patria y la defensa del espíritu hispanoamericano.

R. Altamira viajó en numerosas ocasiones a América donde impartió conferencias y cursos; el más importante fue el viaje de diez meses (en 1910) como delegado de la Universidad de Oviedo y representante oficial de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. A su vuelta a España intentó fundar organismos de estudios americanistas que no siempre fueron lo exitosos que le hubiera gustado.

En otro orden de cosas R. Altamira tuvo una gran preocupación por la enseñanza haciéndola llegar a las clases más desfavorecidas, a través de la Extensión Universitaria, nombre que aún permanece en las Universidades para actividades complementarias a la docencia e investigación, más abierta a la sociedad, como Cursos de verano, Seminarios, etc., que llevó a cabo en la Universidad de Oviedo desde 1900 y más adelante, como director general de Primera Enseñanza (1911-1913).

A lo largo de su dilatada vida profesional Altamira recibiría múltiples reconocimientos de las instituciones nacionales y extranjeras en las que participó. En este sentido fue nombrado miembro del Instituto Internacional de Sociología (París), académico de la R. A. de Ciencias Morales y Políticas y también de la R.A. de Jurisprudencia en Toulouse, entre otras. Su producción científica fue numerosa y de gran calidad, así como su continua participación en congresos internacionales.

Con motivo del estallido de la guerra europea (1914-1918) Altamira se centra en la reflexión y el estudio de la situación. Publica *La guerra actual y la opinión española* (1915), en el que se declarará ante todo pacifista con cierta inclinación a la causa aliada.

Participa en la creación de nuevas instituciones como el Comité de Aproximación Franco-español (1916) y el Comité Hispano-belga (1920), iniciativas que le permitieron establecer puentes entre la intelectualidad española y extranjera. Por último, se incorpora al Instituto Libre de Enseñanza de las carreras Diplomática y Consular y el Centro de Estudios Marroquíes, y por fin es designado árbitro en la Comisión Arbitral de Litigios Mineros (1919).

En el Capítulo segundo el autor nos sitúa en el plano internacional en el cual participará activamente Altamira. Bajo el título *Un siglo*

sin guerra nos describe los 100 años de paz generalizada (1815-1914) que vivió Europa. En esta época los Estados de las grandes potencias europeas (Prusia, Austria, Rusia, Inglaterra y Francia) con el ánimo de vivir en paz, resolvían sus diferencias con múltiples reuniones que evitaron que estallaran guerras y conflictos, es la época del Concierto europeo. En este periodo Europa negociaba su orden político basándose en la diplomacia y el Derecho internacional europeo; no existían ni estatutos ni constituciones formales.

Pero la relación cada vez más dinámica entre los Estados, la concatenación de movimientos sociales y políticos acontecidos durante el siglo XIX -pacifistas, abolicionistas, de justicia social- provocaron la necesidad de realizar tratados y acuerdos entre los Estados. La institución del arbitraje se vio en este momento como ‘una vía para resolver pacíficamente las controversias’ entre Estados. Las Conferencias de Paz celebradas en La Haya (1899 y 1907) propiciaron el Convenio de 1907 que definía el arbitraje como el medio adecuado para resolver los conflictos entre Estados y que creó el Tribunal Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya. En este contexto se produce una proliferación de escritos, textos, en un principio más políticos y filosóficos que jurídicos, que sedimentarán las bases del futuro Derecho internacional público y privado, así como su posterior codificación. Se irá gestando una comunidad de juristas especializados en Derecho internacional que serán reclamados como asesores de los Ministerios de Asuntos Exteriores. R. Altamira poseedor de un gran bagaje internacional participará en la comunidad de abogados internacionalistas de este momento.

En el Capítulo tercero el profesor Ripol aborda el proceso de creación de la Sociedad de Naciones, así como la adhesión de España a la misma. Se puede ver la importancia del Estatuto del TPJI cuya redacción corrió a cargo del Comité Internacional de Juristas del que Altamira era miembro. Comienza este capítulo situándonos en el contexto de la I Guerra Mundial (1914-1918), contienda que no se vio venir ni su estallido ni su dimensión. Al final de la guerra los diferentes Estados idearán planes, catálogos, para ‘asegurar que esta sería la última guerra, así como organizar la comunidad internacional del futuro’. La Conferencia de Paz de París (1919) dio paso al Tratado de Versalles firmado entre los aliados, vencedores de la contienda, y Alemania. Es significativa la primera parte del Tratado de Versalles puesto que supone la constitucionalización de la Sociedad de Naciones, organismo que deberá ‘promover la cooperación internacional, asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales y disponer salvaguardas contra la guerra’. A dicha Sociedad de Naciones se adhi-

rió España en calidad de país neutral, pero preservando la categoría de miembro originario, en igualdad con los aliados que fueron los promotores. La Sociedad de Naciones aportó las bases fundacionales de la Comunidad internacional y los Estados que ratificaron el Pacto -hasta 60-, reconocieron su sometimiento al Derecho internacional. A pesar de estos esfuerzos de la sociedad internacional en breve llegaría el fracaso de su fundamento puesto que se produjo el estallido de la II Guerra Mundial.

R. Altamira también participó indirectamente en el ingreso de España en la Sociedad de Naciones puesto que en 1919 estuvo en el Congreso de Bruselas y fue el primer presidente de la Asociación Española de la Unión Internacional de Asociaciones donde precisamente se promovía su constitución (1920), todo ello manifestaba parte de los ideales que siempre defendió como fueron un pacifismo activo y su idea de la conveniencia de un asociacionismo internacional.

El Capítulo cuarto analiza la forma en que fueron elegidos los miembros del Comité de los Diez, del que acabaría formando parte R. Altamira. Este Comité fue el encargado de redactar el Estatuto del TPJI. La posición de neutralidad adoptada por España en la Gran Guerra le sirvió para que se considerase elegir un miembro español como integrante del Comité. Esta neutralidad de España se basó en varios supuestos: España no tenía intereses en juego en dicha guerra, se tenía muy reciente el desastre de 1898, y el rey, Alfonso XIII con lazos de sangre en ambas facciones de los Estados en guerra optó por la neutralidad, quizás anhelando poder ejercer una mediación en su desenlace.

También coincidió el inicio de la Guerra con un momento de debilidad política en España -que de alguna manera asistía al final del sistema de gobierno de la Restauración caracterizado por un sistema caciquil que aseguraba la alternancia de gobierno entre liberales y conservadores- y que nuestro país ya no era la potencia colonial de antaño. Por todo ello, la 'neutralidad' se vería recompensada al permitir que nuestro país participase como miembro permanente en el Consejo de la Sociedad de Naciones. Tras varios nombramientos fallidos de los candidatos españoles a formar parte del Comité de Juristas (1920), en primer lugar, se nombró al marqués de Lema y posteriormente a González-Hontoria, el nombramiento definitivo recaería en R. Altamira. Este Comité lo integrarían representantes de las cinco grandes potencias y los otros cinco de potencias secundarias. El 11 de junio de 1920 se reunieron por primera vez en el Palacio de la Paz, de La Haya (Holanda).

En el Capítulo quinto se analiza la designación de R. Altamira para formar parte del Comité de los Diez, puesto que aceptó el 9 de marzo de 1920, sin haber sido como se ha comentado ni el primero ni el único candidato que se propuso. Fueron un cúmulo de circunstancias las que propiciaron su nombramiento: en este sentido, su condición de senador por el Partido Liberal, su relación con el Conde de Romanones, que fue un decidido aliadófilo, así como el carácter internacional de Altamira que llegó a ser una constante en su vida.

Diversos autores han señalado de la personalidad de Altamira ‘su sentido de la oportunidad, expresivo de la riqueza de su sociabilidad académica y de su facilidad para proyectarse en ámbitos intelectuales internacionales’, características todas ellas que llevaron a nuestro protagonista a ser miembro del Comité de los Diez. Por el contrario, su antecesor en la designación, González-Hontoria, perdería su candidatura por motivos políticos.

Como señala el profesor Ripol, en definitiva, Altamira cumplía los requisitos que se consideraban propios para cubrir este puesto: hablaba varios idiomas, había participado en iniciativas internacionales, en asociaciones profesionales con personalidades políticas, había trabajado en temas que preocupaban a la comunidad internacional del momento, había ocupado puestos institucionales (nacionales e internacionales) relevantes y había trabado amistad con juristas europeos que tuvieron influencia en la selección de los miembros del Comité de los Diez. También su proximidad a la Institución Libre de Enseñanza muy relacionada con el *Institut de Droit International* coadyuvaron a su elección como miembro del Comité de los Diez.

La obra del profesor Ripol incorpora un Epílogo en el que se repasan los méritos de todos y cada uno de los insignes juristas que acompañaron a R. Altamira en el Comité de los Diez. Posteriormente Rafael Altamira sería juez del Tribunal Permanente de Justicia Internacional durante toda la existencia de esta institución (1921-1946) ocupando así un lugar destacado entre los internacionalistas españoles.

El libro contiene un Apéndice documental valioso: el profesor Ripol ha podido acceder de forma digital y bajo una acreditación especial, al archivo digitalizado de la Biblioteca de Naciones Unidas situada en Ginebra. Los documentos anexados contienen las cartas en las cuales se proponen las candidaturas de los juristas españoles (Lema, González-Hontoria y Altamira) al Comité de los Diez, así como la aceptación de R. Altamira.

Esta investigación del profesor Ripol, a caballo entre la Historia del derecho y el Derecho internacional, aporta unos conocimientos

muy sólidos sobre el protagonista, Rafael Altamira, pero también sobre el contexto histórico-jurídico de la época, así como la gestación de un Derecho internacional y de diversas instituciones internacionales como fueron la Sociedad de Naciones o el Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA DE DERECHO UNED *RDUNED*

La Dirección de la *RDUNED* ha considerado conveniente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de manera uniforme.

1. Los textos se presentarán en formato Word, por una sola cara, con letra Times New Roman de 12 puntos e interlineado de un espacio y medio, debidamente revisados y con el V.º B.º del autor para su publicación definitiva (no admitiéndose más de cuatro modificaciones). Los textos deberán entregarse en lengua castellana.
2. Al inicio del trabajo deberá indicarse el título en castellano e inglés, el nombre del autor o autores y su situación académica o profesional (en el caso de doctorandos se mencionará la Universidad a la que está vinculado).
3. Tendrán una extensión máxima de 20 a 30 folios para ser considerados *ESTUDIOS*, de 7 a 15 folios los destinados a la *SECCIÓN ABIERTA*, y de 2 a 6 folios las *RESEÑAS DE LIBROS*.
4. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección de *ESTUDIOS* o *SECCIÓN ABIERTA* deberán:
 - 4.1. Contar en primer lugar con un resumen de unas 10 o 15 líneas de extensión y con palabras clave (máximo 5) que permitan la identificación del tema u objeto del trabajo, tanto en castellano como en inglés (abstract y key words).
 - 4.2. Contener un SUMARIO, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - I. 1.
 - I. 1. A.
 - I. 1. A: a)
 - I. 1. A: a) a')

- 4.3. Finalizar preferiblemente, con unas breves CONCLUSIONES.
5. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección de *RESEÑAS DE LIBROS* deberán seguir el siguiente orden: *Título de libro*, APELLIDOS, Autor N., Editorial, lugar de edición año de publicación.
6. En el caso de utilizarse notas a pie de página se seguirá necesariamente el siguiente orden:
 - 6.1. Para libros: APELLIDOS, Autor N., *Título del libro*, Editorial, lugar de edición año de publicación.
 - 6.2. Para revistas: APELLIDOS, Autor N., «Título del trabajo», *Revista en la que se ha publicado*, número de la revista, año de publicación y, en su caso, páginas en las que aparece la cita.
 - 6.3. Para la abreviatura de página se utilizará pág. o págs., dejándose libertad a los autores para utilizar las abreviaturas actuales o clásicas en relación a las referencias (véase o *vid.*, *ob. cit.* u *op. cit.*, etc.).
 - 6.4. La bibliografía deberá ponerse al final del artículo ordenada alfabéticamente. (Las páginas de la bibliografía no se contabilizan en el número de páginas del artículo).
7. Los trabajos deberán enviarse, acompañados de una nota con el título del trabajo, el nombre del autor o autores, su situación académica o profesional, NIF, teléfonos de contacto y correo electrónico, a la siguiente dirección electrónica negociadosecretaria2@der.uned.es.
8. El Consejo de Redacción decidirá la publicación o no de los trabajos, previa valoración de los informes emitidos por los evaluadores externos y anónimos.
9. En cualquier caso, los profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como cualquier otro profesor o investigador de otra Facultad de Derecho de otra Universidad, solo podrá publicar un trabajo por número de la Revista. Por otra parte, los profesores de la Facultad solo podrán publicar por número de Revista un trabajo de un doctorando suyo que expresamente avalen. El autor cuya obra sea publicada no podrá volver a publicar en los dos números siguientes.

10. La decisión definitivamente adoptada por el Consejo de Redacción se le notificará al autor y, en caso afirmativo, se procederá a informarle el número de la Revista *RDUNED* en el que se incluirá su trabajo. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, en especial a la adaptación a las normas de publicación. Los textos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas correcciones.
11. Los textos impresos por la imprenta serán remitidos a sus autores para que cotejen posibles errores formales. Dichos errores, serán corregidos por los autores con el programa Adobe Acrobat 9. El texto modificado se remitirá en el plazo de una semana a la dirección de correo electrónico establecida.
12. El autor o autores ceden a la *RDUNED*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si bien, del contenido de los trabajos responden, exclusivamente, a sus autores.

MARÍA SONIA CALAZA LÓPEZ

Directora de *RDUNED*
Decana
Facultad de Derecho (UNED)

MARÍA ESTHER SOUTO GALVÁN

Coordinador de *RDUNED*
Vicedecano de Investigación
e Internacionalización y Mediación
Facultad de Derecho (UNED)

